Sittenwidrige Rechtsgeschäfte des bürgerlichen Rechts nach neuer Rechtsauffassung

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

Vorgelegt von

Heinz Paulus

Referendar aus Aachen

1937

Werkbund-Druckerei, Würzburg

1937/125

Dekan: Professor Dr. jur. August Köhler.
Referent: Geheimer Justizrat
Professor Dr. jur. Dr. pihl. Bernhard Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Schrifttum.

Armstroff: Schadensersatzpflicht bei Gläubigerbenachteiligung in DJZ. 34, 901.

Barth, H.: Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, in D.Jur.Tag 1936, S. 137.

Bauer-Mengelberg: Mala fides superveniens bei Sicherungsübereignung in JW. 31, 100.

— in JW. 32, 2701.

Benkendorff: Der Wandel der Rechtsanschauung in seiner Auswirkung auf frühere Rechtsgeschäfte u. rechtskräftige Urteile in D.Richterzeitung 1935, 1. Teil, S. 105.

Bernhard: Deutsches Recht in D.R. 33, 70.

Bilfinger, R.: Der Gemeinschaftsgedanke im geltenden Recht in JW. 33, 2550.

Bösebeck: in JW. 35, 420.

Brand: Anmerkung zu RAG. 14. 3. 1934, in JW. 34, 1747.

Burghart, H.: Unredliche Beschäftigungsverhältnisse und Vorausverfügungen über das Arbeitsentgelt im Lichte des neuen Vollstreckungsschutzes in JW. 35, 839.

Caspari: Sicherungsübereignungsverträge in JW. 35, 674.

Crisolli, K. A.: Die Firmenzusätze „deutsch" und „national" in JW. 33, 2102.

— Nochmals die Firmenzusätze „deutsch" und „national"" in JW. 34, 666.

Danckelmann: Zur Behandlung des Sicherungseigentums im Interventionsprozess in DJZ. 34, 446.

Danielcik: Zur Frage der Rechtswirksamkeit der Mietssteigerungen, in JW. 36, 705.

Dernburg, H.: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. I, Die allg. Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußens, 3. Aufl., 1906.

Dick, Otto: Der Verstoß gegen die guten Sitten in der gerichtlichen Praxis, Arch. f. bürgerl. Recht, 33, 74.

Dölle, Hans: Das bürgerliche Recht im nat.-soz. deutschen Staat. Vortrag in Schmollers Jahrb. 57. Jg. 2. Halbb. 1933, S. 649 ff.

— Vom alten zum neuen Schuldrecht. Besprechg. des Buchs von Lange. in DJZ. 1934, 1016.

Eberhard: Laesio enormis in Meckl. Zeitschr. f. Rechtspflege, Rechtswiss., Verwaltung, 1936. H. 1.

Eichler, H.: Wandlungen im System des Priv.R. in D.Rechtswiss. 1936, S. 262.

Eisser: Rasse und Familie. Vortrag 1935 in Recht u. Staat., Bd. 115.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd., Einl., allg. Teil. 13. Aufl., 1931.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürg. Rechts. 2 Bd., Recht d. Schuldverh., 12. Aufl., 1932.

Entwurf eines bürg. Gesetzbuches für das Deutsche Reich, erste Lesung, 1888.

Eppig: Sicherungsübereignung oder Registerpfandrecht, in DJZ. 34, 717.

Feder, Gottfr.: Programm der NSDAP. und seine weltanschaulichen Grundlagen. In NS.-Bibl., H. 1.
Frank, Hans: Rede auf Jur.-Tag 1933, in D.Jur.Tag 1933.
— Rede auf Parteitag 1934, in D.R. 34, 425.
— Rede auf Parteitag 1935
— Rede auf Parteitag 1936, in D.Just. 36, 1410.
— Grundsätze des ns. Rechtsdenkens und Rechtswollens in NS.-Handbuch 1935, S. 3.
— Grundlage der ns. Rechtsauffassung, in D. R. 1936, S. 51.
Freisler: Recht, Richter und Gesetz, in D.Just. 33, 694
— Zur Befreiung des Rechtsdenkens, in D.Justiz, 1936, S. 1568.
Fürst: Anm. zu RG. v. 4. 12. 1925, in JW. 1926, 1144.
Goez, Karl: Entgegnung. Zur Auslegg. d. § 138, Abs. 1 BGB., in JW. 22, 1192.
Gottschalk. E.: Die Sicherungsübereignung in der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts, in Arch. f. ziv. Pr. 138, 17.
— Mala fides superveniens bei der Sicherungsübereign., in JW. 32, 1716.
Groschuff: Anmerkung zu KG. vom 25. 10. 1934, in JW. 35, 301.
— Anmerkung zu KG. vom 12. 4. 1934, in JW. 34, 1247.
— Firmenwert einst und jetzt, in JW. 36, 1721.
Güttler: Der Verstoß gegen die guten Sitten als Voraussetzung des Schadenersatzes nach 826.
Hagen: Anmerkung zu RG. vom 12. 3. 34, in JW. 34, 1409.
Heck, Phil.: Grundriß des Schuldrechts, 1929.
— Grundriß des Sachenrechts, 1930.
Hedemann, J. W.: Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat. 1933.
Henneberg: Sind Sicherungsübereignungsverträge nach ns. Weltanschauung sittenwidrig? In D.Just. 1934, 1440.
Henning: Die bisherige Rechtsprechung zum § 138 BGB. in D.R. 35, 261.
Herzog, Berth.: Quantitative Teilnichtigkeit. Diss. Göttingen 1926.
Heydebrandt und von der Lasa Ernst: Deutsche Rechtserneuerung aus dem Geiste des Nationalsozialismus. 1933.
Hildebrandt, Heinz: Formalismus im bürgerlichen Recht, in D.R. 1934, 353.
Hitler: Mein Kampf.
— Rede auf Juristentag 1933, in D.Jur.Tag 33, S. 324 (nur auszugsweise).
Höniger: Anmerkung zu RG. v. 15. 11. 1930, in JW. 31, 515.
— Mala fides superveniens bei Sicherungsübereignung, in JW. 31, 3060.
— Anm. zu OLG. Marienwerder v. 20. 1. 1932 in JW. 33, 466.
Hubernagel, Gerh.: NS. Rechtsauffassung u. Generalklauseln, in NS.-Handb. 1935.
Kaiser, Felix: Justizreform? Juristenreform! 1933.
Kipp: Die guten Sitten im Kriege, in DJZ. 1916, 466.
Koellreutter: Vom Sinn und Wesen der nationalen Revolution in Recht u. Staat . . . Bd. 101, 1933.
Krieger: Die Firmenzusätze „deutsch" und „national", in Deutsche Just. 34, 284.
Küsters: Grundgeschäft u. Leitungsgeschäft gegenüber § 138 und 817 BGB. Diss. Marburg 1935.
Lange, Heinr.: Vom alten zum neuen Schuldrecht (Zit. mit Schuldrecht) in der Deutsche Staat der Gegenw., H. 7, 1934.

Lange, Heinr.: Liberalismus, Nat.-Sozialismus und bürgerliches Recht, in Recht u. Staat in Gesch. u. Gegenwart, Bd. 102 (zit. Liberalismus).
— Generalklauseln und neues Recht, in JW. 33, 2858.
— Abstraktes oder kausales dingliches Geschäft?, in D.R. 1935, 485.
— Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, in Recht u. Staat, .. Bd. 114.
— Justizreform und deutscher Richter, in D.Jur.Tag 1933, 181.
— Vertragstreue, in D.R. 1934, 531.
— Rechtsethik und Rechtstechnik, in D.Just. 1936, 152.
Langen-Eupen: Der Gemeinschaftsgedanke im geltenden Recht, in D.Just. 1934, 160.
Larenz, C.: Vertrag und Unrecht, 1. Teil: Vertrag u. Vertragsbruch 1936.
— Die Wandlung des Vertragsbegriffes, in D.R. 1935, 488.
— Gemeinschaft und Rechtsstellung, in D.R. 1936, 31.
Lehmann, Heinr.: Anmerkung zu RG. vom 4. 10. 35, in JW. 1936, 179.
— Anmerkung zu RG. 4. 10. 1934, in JW. 35, 34.
Lehmann, Kurt: Nachträgliches Unsittlichwerden von Verträgen. Diss. Jena 1934.
Lenel: Der 63. Band der RG.-Entsch. f. Zivilsachen, in DJZ. 1907, S. 453.
Liebnitz: Sittenwidrigkeit bei auffälligem Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung, in D.Just. 1935, 843.
Liefeldt: Sicherungsübereignung unpfändbarer Gegenstände, in JW. 1935, 1209.
Lotmar, Phil.: Der unmoralische Vertrag insbesondere nach gemeinem Recht, 1896.
Luetgebrune: Standeswidrigkeit als Verstoß gegen die guten Sitten. Diss. Göttingen 1935.
Marcus: Streitfragen betreffs das vertragliche Konkurrenzverbot, in DJZ. 1907, S. 952.
Maßfeller: Sittlichkeit im Familienrecht, in D.Just. 1933, 752.
Middel: Sittenwidrigkeit von Sicherungsübereignungsverträgen, § 138 u. 826. In Hans.RGZ. 1935, 115.
Miller, Albert: Sittliche Begriffe im deutschen bürgerl. Recht, in D.R. 1933, 206.
Mitzschke: Anmerkung zu RG. v. 13. 3. 1936, in JW. 1936, 1281.
Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. I, allg. Teil, 1888.
Münzel: Zur Reform der Sicherungsübereignung, in JW. 1935, 1961.
— Nochmals zur Reform der Sicherungsübereignung, in JW. 1935, 2607.
Neuschäffer: Zeitpunkt der Erfüllung des gegenseitigen Vertrages bei einfachem und weitergeleitetem Eigentumsvorbehalt, in JW. 1935, 3516.
— Reform der Sich.Ü. und des Eigentumsvorbehaltes in Zschr. d. Ak. f. D.R. 1936, S. 6333.
Nicolai, Hellmut: Die rassengesetzl. Rechtslehre, in NS.-Bibl., Heft 39.
Nipperdey, H. C.: Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, 1920.
— Anm. zu RG. vom 15. 5. 1926, in JW. 1927 119.
Noack: Anm. zu RG. vom 30. 3. 1936, in JW. 1936, S. 2129.
Oertmann, Paul: Bürgerl. Gesetzb. allg. Teil, 3. Aufl., 1927.
— OLG. Köln vom 3. 12. 1929, in JW. 1930, 569.
— Anm. zu RAG. vom 30. 10. 1929, in JW. 1930, 3115.
— Publizität in D. Gemein- u. Wirtsch.R. 1935, S. 113.
Paetzold: Anm. zu LG. Breslau vom 18. 1. 1934, in D.Just. 1935, S. 413.
Planck's Komm. zum Bürgerl. Gesetzbuch, 1. Bd., 4. Aufl., 1913.

Plum: Anm. zu RG. vom 17. 9. 1934, in JW. 1934, 2969.
Protokolle der Kom. für die zweite Lesg. d. Entw. des bürgerl. Ges.-B. bearb. v. Achilles, Gebhard und Spahn. Bd. I, 1897.
Recke: Das neue Recht der Lohn- u. Gehaltspfändung, in JW. 1935, 325.
Reichsgerichtsräte Kommentar 1. Bd., 8. Aufl., 1934.
— 2. Bd., 8. Aufl., 1934.
— 5. Bd., 8. Aufl., 1935.
Reinhardt: Anm. zu RG. vom 1. 6. 1932, in JW. 1932, S. 2704.
Rohling: Die Sich.-Ü. als Problem deutscher Rechtserneuerung, in Deutsches Gem. u. Wirtsch.-R. 1935, S. 54.
Roquette: Anm. zu OLG. Naumburg v. 12. 6. 1934, in JW. 1934, 3015.
— Vertrauenskrisen d. Sich.-Ü., in JW. 1936, 2840.
— Anm. zu LG. Berlin v. 3. 1. 1935, in JW. 1935, 1111.
— Larenz-Vertrag u. Unrecht, in JW. 1936, 3108.
Rospatt: Zur Haftung des Kreditgebers aus Kreditsicherungen gegenüber Drittgläubigern, in Jur. Rundschau 1933, I, S. 201.
Roth: In JW. 1933, 1817.
— Vertragsfreiheit und formularmäßige Abdingungen gesetzl. Gewährleistung, in JW. 1936, 2897.
Rothenberger: Die Rechtsquellen im neuen Staat, in DJZ. 1936, 22.
Rumpf, Max: Die reichsrechtliche Rechtsprechung zu den §§ 138, 817 BGB., in Arch. f. d. ziv. Pr. 117, 315.
Salinger: Zur Begründung des Verstoßes gegen die guten Sitten, in JW. 17, 4.
Schauer: Wie beseitigt man die Gefahren der Sicherungsübereignung? In DJZ. 1907, 589.
Schmidt-Ernsthausen: Anm. zu RG. vom 4. 11. 1925, in J.W. 1926, 570.
Schmitt, Carl: Der Rechtsstaat in NS.-Handbuch 1935, S. 24.
— Neue Leitsätze für die Rechtspraxis, in JW. 1933, 2973.
Schönberg: Parteiwillkür und gute Sitten in D. Richterzeitung 1936. 305.
Schwedler: Zu der Frage: Ist zur Sich.-Ü mittels const. poss. Abschluß eines Kaufvertrages erforderlich? In DJZ. 1907, 1141.
Schwister: Die Schiebung unter Ehegatten, in JW. 1931, 2548.
— Rechtspr. u. Kreditwesen, in DJZ. 1934, 14.
Senf: In JW. 1935, 2607.
Seydel: Der Kommentar in D.R. 1936, 189.
— Die zwei Begriffe der Rechtssicherheit, in D.Rechtswiss. 1936, 84.
Siebert: Die Volksgemeinschaft im bürgerlichen Recht, in NS.-Handbuch 1935, S. 955.
— Wandlung und Fortbildg. d. Treuhandrechts, in DJZ. 1934, 1240.
— Auflockerung u. Umbruch im bürgerl. Recht, in D.R. 1935, 56.
— BGB.-System und völkische Ordnung, in D. Rechtswiss. 1936, S. 204.
— Gemeinschaft und bürgerliches Recht, in D.R. 1934, 303.
— Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung 1934.
— Subjektives Recht, konkrete Berechtigung, Pflichtenordnung, in D. Rechtswiss. 1936, 23.
Siller: Die Konversion, in Arch. f. ziv. Pr. 138, 144.
Spindler: Anm. zu OLG. vom 27. 11. 1935, in D.Just. 1936, 775.
Staudinger: Komm. zum Bürgerl. Gesetzbuch, Bd. 1, allg. Teil, erl. v. Riezler, 10. Aufl., 1936.
— desgl. Bd. 4, erl. von Edelmann-Keidel, 9. Aufl., 1926.

Steinaecker: Rechtspr. u. Gemeinsch. in D.Jur.Tag. 1936, S. 205.
Stoll: Die nationale Revolution u. das bürgerliche Recht, in DJZ. 1933, 1229.
— Das bürgerliche Recht i. d. Zeitenwende in Öff. Vortr. d. Univ. Tübingen, SS. 1933 VII.
— Gemeinschaftsgedanke und Schuldvertrag, in DJZ. 1936, 414.
— Die Bedeutung der Entsch. d. Gr. Sen. f. Zivilsachen über Wucher u. Überteuerung, im Arch. f. ziv. Praxis, 142, 333.
Stuckart: NS.-Rechtserziehung. 1935.
Süß: Objektiv grobes Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung als Nichtigkeitsgrund nach § 138, Abs. 1 BGB.
v. d. Trenk: Verschärfte sachenrechtliche und verfahrensrechtliche Erfassung der Nichtigkeitsgründe u. unerlaubten Handlungen.
v. Tuhr: Bürgerl. Recht, allg. Teil, 1923 in Enzyklopädie der Rechts- u. Staatswiss., Abt. Rechtswiss., VII.
— Der allg. Teil des deutschen bürgerl. Rechts, 2. Bd., 1. Hälfte 1914.
— Eigentumserwerb aus unsittlichem Vertrag, in Arch. f. d. ziv. Praxis, 120, S. 1.
Vogel: Der Begriff des gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäftes, 1906.
Volkmar: Das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung vom 24. 10. 1934, in JW. 1934, 2824.
— Anm. zu RG. vom 13. 3. 1936, in D.Just. 1936, 610.
Wacke: Vom Kampf gegen die Gesetzesumgehung. In Zschr. d. Ak. f. D.R. 1936, 110.
Warneyer, Otto: Quantitative Teilnichtigkeit von Bierlieferungsverträgen, in Arch. f. Rechtspflege in Sachsen, Thüringen und Anhalt. 1931, S. 257.
Weinhausen: Anm. zu RG. vom 9. 4. 1932, in JW. 1932, 2703.
Weller: Die Freizeichnungsklauseln des Spediteurs im Zusammenhang mit der Speditionsversicherung nach den allg. deutschen Spedit.-Bedingungen vom 1. 7. 1930.
Witzmann: Kritik der neuen Vorschläge zur Abänderung des § 138 BGB. 1935.
Würdinger: Das subjektive Recht im Privatrecht in D. Rechtswissenschaft, 1936, S. 15 und in D.R. 1935, S. 492.
Wunderlich: Die Haftungsbeschränkung der Spediteure nach den allg. deutschen Spedit.-Bedingungen vom 7. 7. 1927. Diss. Tübingen 1929.
Zeckwer: Gibt das Eigentum aus Sicherungsübereignung in der Zwangsvollstreckung ein Widerspruchsrecht oder nur ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung? In deutsch. Gem.- u. Wirtschaftsrecht 1935, S. 89.
Zinner-Biberach: Führer, Volk und Tat. 1934.

Zeitschriften.

Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (LZ.)
Deutsche Juristenzeitung (DJZ.)
Juristische Wochenschrift (JW.)
Deutsches Recht (D.R.)
Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht (Zschr. d. Ak. f. D. R.)
Deutsche Justiz (D. Just.)
Archiv für die zivilistische Praxis (Arch. f. d. ziv. Pr.).
Deutsche Rechtswissenschaft (D. Rechtswiss.)
Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht (D. Gem. u. Wirtsch. R.)
Juristische Rundschau (Jur. Rundschau)
Deutsche Richter-Zeitung (D.R.Z.)
Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung 1935, hrsg. v. Dr. Frank (NS.-Handbuch)
Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaftslehre im Deutschen Reiche (Schmollers Jahrb.)
Sammlung Deutscher Juristentage, Bd. 1 1933, 2 1936 (D. Jur. Tag))
Höchstrichterliche Rechtsprechung.
Warneyers Rechtsprechung des RG. (Warn. Rechtspr.)
Seufferts Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte (Seuff. A.)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, amtl. Sammlung (zit. RG.)
Deutsche Rechtspflege
Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift (Hans. RGZ.)

A. Einleitung

Aufgabe der Arbeit.

Während der Liberalismus als obersten Grundsatz für das bürgerliche Recht den Willen der Parteien setzte und den Freiheitsgedanken zum uneingeschränkten Individualismus und Materialismus übersteigerte[1]) und das absolute Herrschaftsrecht der Person, der Sache, des Anspruchs und des Eigentums[2]) solange anerkannte, als der Staat nicht unmittelbar davon betroffen wurde, hat sich die Auffassung von Recht und Pflicht des Einzelnen durch den Durchbruch der nationalsozialistischen Idee grundlegend geändert. Oberster Grundsatz allen Gemeinschaftslebens und damit des Rechts, als des Mittels „zur Aufrechterhaltung der inneren und äußeren Ordnung des Volks- und Staatslebens"[3]) ist heute der Pflicht- und Gemeinschaftsgedanke[4]), ausgehend von Punkt 24 des Parteiprogramms der NSDAP., der erklärt, daß die Gesundung des deutschen Volkes „nur von innen heraus auf der Grundlage Gemeinnutz geht vor Eigennutz erfolgen kann"[5]) und dem Satz: Du bist nichts, dein Volk ist alles[6]). „Staat und Recht finden ihren Zweck und damit ihren Inhalt wie ihre Grenzen im Wohle des Volkes"[7]). Recht ist, was dem Volke nutzt, Unrecht, was ihm schadet.

Dieser Grundsatz des Pflicht- und Gemeinschaftsgedankens muß fortan unser ganzes Recht und „die Auslegung des BGB. grundlegend bestimmen"[8]).

Die vorliegende Arbeit hat es sich zur Aufgabe gestellt, die bisher für die Anwendung des § 138, 1 BGB. aufgestellten

---

1) Lange, Liberalism. S. 1.
2) Bernhard, in D.R. 33, 70.
3) Frank, in D.R. 34, 425.
4) Lange, Lib. S. 3; Siebert: Gemeinn. u. bürgerl. R. in D.R. 34, 303.
5) Feder, Programm der NSDAP. in NS-Bibl. Heft 1.
6) Lange, Vom Ges.-Staat z. Rechtsst. in Recht u. Staat in Geschichte u. Gegenwart, Bd. 114.
7) Lange, a.a.O., S. 21.
8) Stoll, Das bürgerl. Recht i. d. Zeitenwende in „Öffentliche Vorträge der Universität Tübingen" 1933, S. 19 u. 24.

Grundsätze auf ihre Vereinbarkeit mit diesem Gemeinschaftsdenken zu untersuchen[9]).

Daß für die Anwendung der Generalklausel die Grundsätze des Nationalsozialismus ausschließlich und unmittelbar maßgebend sind, ist allgemein anerkannt[10]). Im folgenden wird also zu versuchen sein, den Gemeinschaftsgedanken auf den § 138 anzuwenden. Dabei erscheint es praktisch, von einzelnen typischen Fällen auszugehen und zu versuchen, den Wandel der Anschauungen darzutun. Die bisherigen Entscheidungen über das gegen die guten Sitten verstoßende Rechtsgeschäft werden daraufhin untersucht werden, ob sie nach dem durch den Gemeinschaftsgedanken notwendigen Wandel des BGB.[11]) noch haltbar sind oder ob sie heute einer anderen Betrachtungsweise bedürfen.

Bei der Vielzahl der möglichen unsittlichen Einzeltatbestände kann es sich nicht um eine erschöpfende Behandlung aller Teilfragen handeln, sondern es können hier nur einige der in der Literatur und Rechtsprechung besonders hervorgehobenen und typischen Fragenkomplexe berücksichtigt werden.

---

9) Anmerkung: Zwischen Recht und Rechtsordnung wird stets ein Spannungsverhältnis bestehen, und es wird immer wieder von neuem die Aufgabe gestellt sein, diese Spannung zu überbrücken. Die Frage, ob unser heutiges Rechtssystem mit den oben entwickelten neuen Gedanken in Einklang zu bringen ist, (eine Frage, die deswegen bejaht werden muß, weil die Generalklauseln genügend Möglichkeit bieten, der neuen Rechtsauffassung zum Durchbruch zu verhelfen; wie hier Bilfinger, Hubernagel, Volkmar, Bernhard, Wacke und Siebert; a. M.: Lange, Kaiser), braucht nicht näher untersucht zu werden, da der zu behandelnde § 138 als Generalklausel anerkannterweise Einbruchstelle für das neue Rechtsdenken ist (Wacke in Akademie für D. Recht, 36, 110; Hildebrandt in D.R. 34, 353, Staudinger-Riezler, Einl. Anm. 37). § 138 ist notwendige Ergänzung des § 134, da der Gesetzgeber nicht alle Tatbestände, die gegen das Gemeinwohl verstoßen, gesetzlich erfassen kann.

10) C. Schmitt in JW. 33, 2973.

11) Siebert, a.a.O.

B. Einzelfälle.

I. Vorbetrachtung.

§ 1: Der maßgebliche Zeitpunkt.

Bevor wir an die Untersuchung der einzelnen Fälle gehen, müssen wir den für die Betrachtung der sittenwidrigen Rechtsgeschäfte maßgeblichen Zeitpunkt festlegen.

Der maßgebliche Standpunkt kann — wie wir oben sahen — nur die ns. Weltanschauung sein, „ihre Grundsätze sind unmittelbar und ausschließlich maßgebend“[1]). Was im einzelnen ns. Weltanschauung ist, wird durch die vom Führer gesetzten Normen[2]) und durch das Programm der NSDAP. bestimmt.

Es kann somit keinem Zweifel unterliegen, daß auf Rechtsgeschäfte, die nach 1933 abgeschlossen wurden, die durch die ns. Weltanschauung vorgeschriebene Rechtsauffassung über das, was gegen die guten Sitten verstößt, gilt.

Zweifelhaft und sehr umstritten ist, welcher Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt oder nicht, hinsichtlich solcher Verträge maßgebend ist, die vor 1933 abgeschlossen wurden. Hier geht der Streit zwischen denen, die als alleinmaßgebenden Zeitpunkt den Vertragsabschluß und denen, die nur die zur Zeit der Urteilsfindung herrschenden Anschauungen, heute die ns. Weltanschauung als Wertmaßstab gelten lassen wollen.

I. Während sich das RG. in seinen früheren Entscheidungen auf den Standpunkt stellte, daß die Anschauungen zur Zeit des Vertragsabschlusses maßgeblich seien[3]), und daß ein einmal wirksam begründetes Rechtsgeschäft nicht nachträglich nichtig werden könne[4]) und während die überwiegende Lehre auch heute noch auf diesem Standpunkte steht[5]), wird in allerneuester Zeit vielfach die Ansicht vertreten, daß die heutige Anschauung allein maßgebend sei, also auch für solche Rechts-

1) C. Schmitt, in JW. 33, 2973.
2) Freisler, in D. Justiz, 33, 694.
3) RG. in Warneyer 1920 Nr. 143 u. in Warn. Rechtspr. 34, 183.
4) RG. in Jur. Rundschau, 32, Nr. 1575.
5) Roquette, in JW. 34, 3015; Lehmann, in JW. 36, 149; Staudinger § 138; Benkendorff in D. Richterztg. 35, 1. T. S. 103. A. M.: Planck § 138, I, 1 c.

geschäfte, die unter ganz anderen Voraussetzungen entstanden sind[6]). Als Grundlage für eine Entscheidung habe die heutige Anschauung zu gelten, unbekümmert darum, ob zur Zeit der Entstehung des Rechtsgeschäftes eine andere Auffassung galt[7]). Es wird geltend gemacht, ein Vertrag solle nicht nur zur Zeit des Abschlusses, sondern zu jeder Zeit, also auch zur Zeit der Erfüllung den guten Sitten entsprechen[8]). Das RG. revidiert seine frühere Stellungnahme in einer Entscheidung vom 26. 9. 1934, indem der 5. Senat die Rückbeziehung des Vertrages auf heutige Anschauung nicht grundsätzlich, sondern nur deshalb verwirft, weil in dem gegebenen Falle — es handelte sich um hohe vertragliche Zinsen — bereits eine gesetzliche Regelung der Frage durch eine Verordnung der Reichsregierung (Zinssenkungsverordnung) erfolgt sei[9]), nachdem der 4. Senat bereits am 5. 3. 1934 erklärt hatte, der Richter habe die zur Zeit der Urteilsfindung maßgebenden sittlichen Anschauungen zugrunde zu legen[10]). Der große Zivilsenat des RG. hat dann in seinem Beschluß vom 13. 3. 1936 ausdrücklich erklärt, daß einem Rechtsgeschäft, das „nach der nunmehr maßgebenden Anschauung gegen die guten Sitten verstößt", durch ein deutsches Gericht keine Anerkennung gewährt werden kann[11]). Zu dieser Ansicht hat sich ein Teil der Rechtslehrer bekannt[12]).

Das RG. ist also von seiner bisherigen Ansicht, daß die Anschauung zur Zeit des Vertragsabschlusses gelte, abgegangen. Im liberalen Rechte, dessen oberster Grundsatz der Wille der Partei und die Berechenbarkeit jedes Handelns war, konnte nur auf die Anschauung zur Zeit des rechtsgeschäftlichen Vorganges abgestellt werden.

Heute aber hat sich darin Grundlegendes geändert. Während bisher das Recht und insbesondere die Moral als jeweils etwas Relatives galten[13]), verlangt der NS. den „Mut und den Willen zur Wertung, die Anerkennung eines absoluten und unbedingten Höchstwertes auch in der Rechtsprechung"[14]). Ein Recht, das

6) Süss, in Deutsche Rechtswiss. 1936, S. 359.
7) LG. Berlin vom 30. 1. 35 in JW. 35, 1112.
8) Miller, in D.R. 33, 206.
9) RG. in JW. 35, 278.
10) RG. in Warn. 34, Nr. 91.
11) RG. 150, 1.
12) RGR. Komm. 8. Aufl., 1935, Anm. zu § 2171; Brand in JW. 34, 1747; diesen Standpunkt vertrat früher schon Planck's Kom., vgl. § 138, Anm. 1 c.
13) Staudinger-Riezler, § 138, I, 2a. Anm. 3.
14) Dölle, in Schmoller's Jahrb. 33, 649.

die Absolutheit der Weltanschauung für sich in Anspruch nimmt, kann aber niemals Anschauungen gelten lassen, die mit dem objektiven Recht in Widerspruch stehen.

II. Wie die heutigen Anschauungen für alle neuen Rechtsgeschäfte unbestrittenermaßen maßgebend sind, können sie ebenso unbestritten auf bereits abgewickelte Rechtsgeschäfte der vergangenen Epoche keinen Einfluß mehr ausüben. Weder liegt es im Sinne des ns. Staates, alte Schuldverhältnisse — die ja bereits untergegangen sind — wieder aufleben zu lassen[15]), noch ist einzusehen, warum derjenige, der auf Grund eines solchen Vertrages früher geleistet hat, dies heute mit Hilfe der veränderten Anschauung zurückfordern können soll. Der Große Senat spricht bei den früheren Rechtsgeschäften, auf die die heutigen Anschauungen anzuwenden sind, auch nur von solchen, die noch nicht „abgewickelt" sind. Die Frage wird daher nur für den Fall entscheidend, wo ein Rechtsgeschäft zwar vor 1933 abgeschlossen wurde, heute aber noch nicht, oder noch nicht ganz abgewickelt ist.

Die oben erwähnten Entscheidungen und Ansichten, die für diese Rechtsgeschäfte nur die ns. Weltanschauung gelten lassen wollen, stellen es darauf ab, daß die Vollendung eines Rechtsgeschäftes, das heute gegen die guten Sitten verstößt, verhindert werden muß. Um zu diesem Ergebnis zu kommen, ist aber nicht nötig, den Weg der unbedingten Nichtigkeit des Vertrages zu wählen, sondern es erscheint besser, dem Gegner gegenüber dem Verlangen des andern auf Erfüllung des heute sittenwidrigen Rechtsgeschäftes die Einrede aus § 242 zu geben oder dem Richter das Recht zuzuerkennen, die Urteilsfällung durch Versagung des Rechtsschutzes abzulehnen[16]). Dies erscheint darum besser als die absolute Nichtigkeit, weil bei letzterer der bereits erfüllte Teil des Vertrages ebenfalls der Nichtigkeit verfallen würde, während bei dem hier vorgeschlagenen Weg nur die Erfüllung des noch nicht abgewickelten, heute sittenwidrigen Teiles verhindert wird. Demjenigen, der ein berechtigtes Interesse an der Aufhebung des Vertrages hat, kann man — nach dem Vorschlage Lehmanns[17]) — ein Kündigungsrecht geben. Dies würde auch dem Staat die Möglichkeit geben, das Fortwirken eines unsittlichen Vertrages zu

15) Vgl. aus neuester Zeit: Verordnung über das Verbot von Preiserhöhungen vom 26. 11. 36, RGBl. I S. 955, § 1: „Verträge, die von beiden Vertragspartnern erfüllt sind, bleiben von der Rückwirkung unberührt."

16) Benkendorff, in D. Richterzeitung. 35, 1. Teil, S. 103.

17) Nachträgliches Unsittlichwerden von Verträgen, S. 60 und 71.

unterbinden. „In den schweren Fällen — und damit meint Lange sicherlich alle die Verstöße, an deren Verhinderung die Gemeinschaft interessiert ist, — darf der Richter nicht abwarten, bis die Parteien Streit bekommen, sondern muß sofort eingreifen“[18]). In diesem Falle kann sich derjenige, zu dessen Ungunsten die Einrede geltend gemacht wird oder zu dessen Ungunsten der Vertrag durch Kündigung eines Dritten aufgehoben wird, nicht darauf berufen, er habe angenommen, daß das Rechtsgeschäft den guten Sitten nicht widerspreche, und habe dies auch nach den damals herrschenden Ansichten annehmen können. Nach unserer heutigen Weltanschauung kann die Berechnung, eine Handlung werde so oder so eingeschätzt, nicht mehr die unumstößliche Bedeutung haben, und insofern ist die Ansicht, „der Rechtssatz müsse auch in Zukunft der Vorausbestimmbarkeit rechtlicher Handlungen dienen“[19]), nicht richtig. Wenn auch die Grundsätze des Strafrechts nicht ohne weiteres auf das Gebiet des bürgerlichen Rechts übertragen werden können, so ist doch aus der Änderung des § 2 StGB., insbesondere aus dem Gedanken, daß eine Tat, die zur Zeit der Begehung nicht oder nicht mit dieser Strafe belegt war, doch nach der ihr zur Zeit der Aburteilung von Rechts wegen zukommenden Strafe beurteilt werden muß, der oben entwickelte Grundsatz zu entnehmen. Wenn das Strafrecht, das über Ehre, Freiheit und Leben des Einzelnen entscheidet, der Berechnung keine Bedeutung beimißt, so erscheint es nicht unbillig, diesen Grundsatz im bürgerlichen Recht anzuwenden. Im übrigen ist aber auch die Kenntnis der Parteien von der Sittenwidrigkeit ihres Handelns nicht erforderlich[20]).

Von den Fällen der echten Änderung der Anschauung über das, was gegen die guten Sitten verstößt, sind die Fälle der Änderung der äußeren Umstände scharf zu trennen. Wenn neben der Änderung der Anschauung auch noch eine solche der äußeren Umstände in Frage kommt, so müssen bei der Beurteilung die damaligen äußeren Umstände zugrundegelegt werden[21]). Dies gilt jedoch nur, wenn es sich um die Erfüllung für die Zeit vor 1933 handelt. Wirkt dagegen der Vertrag noch in die Jetztzeit herein, so muß von der jetzigen Lage ausgegangen werden. Ein Beispiel möge dies erläutern: Wenn ein im Jahre 1928 abgeschlossener Mietvertrag heute sittenwidrig ist, so

18) Lange, Schuldr. S. 54.
19) Witzmann, a.aO., S. 2.
20) RG. 97, 253.
21) Süss, in D. Rechtswiss. 36, 359.

kann seiner Erfüllung die Einrede entgegengesetzt werden. Es ist aber denkbar, daß er früher nicht sittenwidrig war (z. B. weil der hohe Mietzins mit Rücksicht auf die große Wohnungsnot angebracht erschien). Dann muß der Mieter für die damalige Zeit, auch wenn dieser Betrag erst heute eingeklagt wird, den Mietzins zahlen. Oder ein anderes Beispiel: A leiht dem B 1932 RM 1000, mit der Vereinbarung, daß B in drei Jahren RM 1500 zurückzahlen muß. Wenn auch heute, wo eine derartig hohe Risikoprämie jedenfalls nicht mehr anerkannt werden kann, der Vertrag, — würde er heute abgeschlossen — wohl sittenwidrig wäre, so muß B auf die Klage des A dann zur Zahlung dieser Summe verurteilt werden, wenn die Umstände, die bei der Hingabe des Geldes (Geldknappheit, Risiko) vorlagen diese Risikoprämie damals rechtfertigen; denn diese Umstände müssen berücksichtigt werden.

Es ist also nicht richtig, daß die Änderung der Umstände und die der Anschauung gleich behandelt werden müssen[22]), denn obige Beispiele, in denen nicht etwa eine Änderung der Anschauung, sondern nur eine solche der äußeren Umstände vorliegt, beweisen, daß es Fälle gibt, in denen beide nicht zusammenfallen.

Es muß also in jedem Falle untersucht werden, ob eine Änderung der Anschauung oder eine solche der Umstände vorliegt. Im ersteren Falle hat der Gegner die Einrede. Im zweiten Falle ist zu fragen, ob das Rechtsgeschäft in die veränderten Umstände hineinwirkt und — die Unvereinbarkeit des Rechtsgeschäfts unter diesen Umständen vorausgesetzt — nur dann dem Gegner die Einrede zu gewähren. Im anderen Falle aber ist der Vertrag zu erfüllen.

II. Typische Fälle der Sittenwidrigkeit.

Nach der Klärung der Vorfrage und der Festlegung des maßgeblichen Standpunktes und des maßgeblichen Zeitpunktes für die Betrachtung unserer Frage behandeln wir die einzelnen typischen Fälle der sittenwidrigen Rechtsgeschäfte. Dabei wird in aller Regel zunächst die Ansicht des RG. und der mit dieser im wesentlichen übereinstimmenden Lehre dargelegt, dann werden die gegen diese Ansicht geltend gemachten Einwände kritisch untersucht und wird die eigene Meinung begründet werden.

22) Wie Lehmann a.a.O., S. 74, meint.

§ 2: Verletzung der vaterländischen Pflicht, Verstoß gegen das Allgemeinwohl.

Wir haben es im folgenden mit einem Handeln zutun, das sich in seinen Auswirkungen gegen das Gemeinwohl des deutschen Volkes richtet, ein Handeln, das unter dem Oberbegriff Verstoß gegen das Gemeinwohl des deutschen Volkes zusammenzufassen wäre.

Unter vaterländischer Pflichtverletzung ist die Verletzung der jedem deutschen Volksgenossen obliegenden Rücksicht auf die deutschen Gemeininteressen, insbesondere im Verhältnis zum Auslande, verstanden, während der Verstoß gegen das Gemeinwohl im engeren Sinne jedes Handeln meint, das — unbekümmert ob der Handelnde Deutscher ist oder nicht — sich gegen die deutschen Interessen richtet, ohne daß die Unterlassung dieses Handelns aus dem Gesichtspunkte der vaterländischen Treupflicht gefordert werden könnte.

Wenn das RG. bisher in Übereinstimmung mit der Lehre die Verletzung der vaterländischen Pflicht als nicht ausreichend erklärt, um ein Rechtsgeschäft wegen Sittenwidrigkeit zu vernichten[23]), so gilt dies sicherlich auch von den unter die zweite Gruppe von Rechtsgeschäften fallenden Handlungen.

Diese Ansicht des RG. und der Lehre, die noch in jüngster Zeit vertreten wird[24]), muß hier des näheren auf ihre Vereinbarkeit mit ns. Rechtsdenken untersucht werden.

I. Im Gegensatz zu der Entscheidung vom 9. 2. 1917, durch die die Annahme von Geld durch eine Deutsche, das sie von ihrem in deutscher Gefangenschaft lebenden englischen Verlobten zu dem Zwecke erhielt, es dem Zugriff der deutschen Reichsregierung zu entziehen, für sittenwidrig erklärt wurde[25]), und der Entscheidung vom 8. 11. 1924, in der ein Kaufvertrag über Kunstseide für nichtig erklärt wurde, weil der Kläger durch den Abschluß des Kaufvertrages den zum Schutze der deutschen Wirtschaft getroffenen Maßnahmen bewußt zuwidergehandelt hat[26]), hat das RG. in aller Regel die Ansicht vertreten, daß die Verletzung der vaterländischen Pflicht zur Begründung der Sittenwidrigkeit nach § 138 nicht ausreiche.

In einer Entscheidung vom 22. 9. 1922 hat das RG. die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäftes, das die im Gebiete der be-

23) RG. 105, 179; 102, 255; RGKomm. § 138.
24) RGRKomm. 8. Aufl., 1934, § 138 Anm. 1 S. 212.
25) RG. 89, 65.
26) RG. in LZ. 1925, S. 366.

setzten Rheinpfalz wohnenden Parteien auf Lieferung von spanischem Wein entgegen den von der deutschen Reichsregierung erlassenen Einfuhrbestimmungen für entbehrliche Waren abschlossen, verneint. Die Einfuhrverbote waren formell durch den Militärbefehlshaber für die besetzten Gebiete insoweit außer Kraft gesetzt worden, als es sich um die Einfuhr aus den alliierten Ländern handelte. Da die Parteien den Wein über Elsaß ins besetzte Gebiet brachten, scheidet eine formelle Verletzung deutscher Gesetze aus. Die Anwendung des § 138 verneint das RG. mit der Begründung, die Parteien hätten zwar, indem sie sich über die Rücksichten hinwegsetzten, die für die deutschen Einfuhrbeschränkungen maßgebend waren, (Schutz vor Überfremdung des deutschen Marktes und der deutschen Währung) „einen Mangel an vaterländischem Pflichtgefühl an den Tag gelegt" und „ihr Verhalten könne vom Standpunkte eines höher und feiner entwickelten Pflichtgefühls nicht gebilligt werden"[27]), aber ein Verstoß gegen die guten Sitten liege nicht vor, da den Parteien die Unterlassung der Einfuhr der Waren, „selbst wenn sie dem vaterländischen Interesse zuwiderlaufe", nicht zugemutet werden könne.

Am 13. 12. 1922[28]) erklärt das RG. die Absicht der Parteien, Salzheringe durch das besetzte Gebiet ins unbesetzte Gebiet zu bringen, für sittenwidrig, da sie „in eigennütziger Absicht bewußt die wirtschaftlichen und sittlichen Zwecke, denen die zum Wohle des Deutschen Reiches und des deutschen Volkes erlassenen Bestimmungen dienen sollten, gemeinschaftlich gefährdet haben" und ein Sittenverstoß wird darin erblickt, daß die „Parteien in gewinnsüchtiger Absicht die zum Wohle der Allgemeinheit getroffenen Bestimmungen umgehen"[29]), die Anwendung des § 138 auf die Verbringung der Waren nur ins besetzte Gebiet wird jedoch verneint. Am 25. 11. 1911 hatte das RG. einen Fall zu entscheiden, in dem ein Pole sein in Posen gelegenes Gut mit der ausdrücklichen Auflage an den Käufer verkauft hatte, es nur an einen Nationalpolen weiterzuverkaufen, andernfalls der Käufer eine hohe Vertragsstrafe zahlen müsse[30]). Der Käufer verkaufte das Gut an die Deutsche Siedlungskommission weiter. Der Klage des Polen auf Zahlung der Vertragsstrafe gaben alle drei Instanzen statt, das RG. mit der Begründung, unter einem Nationalpolen sei zwar „jemand zu verstehen, der

27) RG. 105, 179.
28) RG. in JW. 23, 287.
29) RG. 101, 383; 102, 255.
30) RG. 77, 419.

die deutschfeindlichen Gesinnungen polnischer Kreise unterstützt" und in der Auflage, nur an einen Nationalpolen zu verkaufen, liege zwar die Durchkreuzung der der deutschen Siedlungskommission gestellten Aufgabe (der Verpolnisierung Posens, die durch den Ankauf der Güter durch Nationalpolen bezweckt wurde, entgegenzuwirken), trotzdem sei die Vereinbarung nicht sittenwidrig, denn es handele sich „um politische Gesetze, die, mögen sie vom nationalen Standpunkt noch so sehr gerechtfertigt sein, sich doch gegen eine Klasse von Staatsbürgern richte, denen es von ihrem Standpunkt aus nicht als sittenwidrig verargt werden kann, wenn sie die staatlichen Maßnahmen bekämpfen, durch die der Ausbreitung der polnischen Nationalität entgegengewirkt werden soll." Es handelte sich zwar „um eine vom deutschen Standpunkt aus auf gesetzlicher Grundlage mit Entschiedenheit zu bekämpfende Bestrebung, vom Standpunkte des Polen aber um ideale Bestrebungen"[31]).

II. Witzmann lobt den im Polenfalle vom RG. vertretenen „von vornehmer Objektivität zeugenden Standpunkt"[32]) und lehnt die Ansicht, daß ein Rechtsgeschäft schon dann gegen die guten Sitten verstoße, wenn es dem Wohle der Allgemeinheit unseres Volkes zuwiderlaufe[33]), auch in dem Falle ab, in dem ein Holländer über das besetzte Gebiet Blumenzwiebeln ohne die zur Einführung gesetzlich geforderte Bewilligung der zuständigen Behörde zu haben, nach Berlin gebracht und dort an einen Deutschen verkauft hatte[34]). Das RG. hatte die Nichtigkeit aus § 138 Abs. 1 in diesem Falle bejaht, da die Parteien dem Zweck des Gesetzes, eine Schädigung der deutschen Valuta zu verhindern, bewußt zuwidergehandelt hatten. Witzmann wendet gegen diese Entscheidung des RG. ein, man könne nicht von einem Sittenverstoß des Holländers sprechen, da ein allgemeines Sittengebot, „nicht dem Wohle der Allgemeinheit irgend eines Landes entgegenzuhandeln, nicht vorhanden" sei[35]).

III. Den beiden ersteren Entscheidungen des RG.[36]) ist zuzustimmen, die letzteren dagegen sind nicht mehr haltbar.

Einmal davon abgesehen, daß im Falle des Verkaufs des spanischen Weins und der Salzheringe die Parteien eine Ge-

31) RG. 77/149.
32) Witzmann, S. 25.
33) Hachenburg, in JW. 21, 1308.
34) RG. in JW. 21, 1308.
35) Witzmann, S. 21.
36) Vgl. Anm. 25) und 26) auf S. 8 dieser Arbeit.

sinnung an den Tag legten, die gegen das gesunde Volksempfinden verstößt[37]), so haben wir es in allen drei Fällen mit einem Handeln zu tun, das gegen das deutsche Volksinteresse verstößt.

Wenn etwas den Interessen des Vaterlandes wirklich zuwiderläuft — und die Umgehung der zur Erhaltung der deutschen Währung getroffenen Schutzmaßnahmen ist jedenfalls ebenso wie die Verhinderung der Bestrebungen der Siedlungskommission ein den deutschen Interessen zuwiderlaufendes Verhalten — so ist dies ein objektiv unsittliches Handeln, und es kann die Gesinnung des Einzelnen (im Gegensatz zu dem für die Regel der sittenwidrigen Rechtsgeschäfte anzuerkennenden Grundsatz, daß es auf die Gesinnung entscheidend ankommt) nicht mehr die ausschlaggebende Bedeutung haben, denn die Gefährdung der nationalen Belange unseres Volkes (die durch die Einfuhrverbote und die Aufgaben der Siedlungskommission geschützt werden sollten), ist der unsittliche Tatbestand, der denkbar ist[38]), sodaß die Nichtigkeit unabhängig von der Einstellung des Handelnden eintritt[39]). Die Parteien haben in allen Fällen gegen den Sinn der Schutzmaßnahmen verstoßen; es kann dabei keinen Unterschied machen, ob die Einfuhrverbote z. B. formell keine Gesetzeskraft mehr hatten, ihr Handeln kann keine rechtliche Anerkennung finden, mag es sich auch um noch so „ideale Bestrebungen" von ihrem Standpunkt aus handeln.

Handelt es sich bei den ersten dieser drei Fälle um die Verletzung der Pflicht, die jedem Deutschen seinem Vaterlande gegenüber im Verhältnis zum Vaterlande obliegt, so haben wir es bei dem Polenfalle mit einem Verhalten zu tun, das aus dem Gesichtspunkte der Pflicht nicht betrachtet werden kann. Jedoch ist gegenüber den oben ausgeführten Einwänden Witzmanns gegen die Nichtigkeitserklärung auch dieses Falles in erster Linie daran festzuhalten, daß das unsittliche Handeln beider Teile dann nicht erforderlich ist, „wenn sich das Rechtsgeschäft schon seinem Wesen und Inhalte nach objektiv als offenbar unsittlich darstellt"[40]) — und daß die Verletzung der nationalen Belange der unsittlichste Sachverhalt ist, gibt Witz-

---

37) Sie handelten ohne vaterländisches Pflichtgefühl (RG. 105, 179) bezw. in gewinnsüchtiger Absicht. (JW. 23, 287.)

38) Witzmann, a.a.O.

39) Witzmann; Siebert: Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 115; Hildebrandt in DR. 34, 353; Miller in D.R. 33, 206; Oertmann § 138 S. 491.

40) RGRKomm. § 138 Anm. 1 S. 213.

mann selber zu — andererseits ist ihm entgegenzuhalten, daß — wie von einem Deutschen die Unterlassung des schädigenden Verhaltens gegenüber einem anderen Lande gefordert wird[41]) — es vielmehr der von ihm[42]) geforderten „Achtung vor dem nationalen Denken des Angehörigen eines anderen Volkes" entspricht, sich Handlungen gegen dessen Vaterland zu enthalten, als ihm die Verfolgung von Rechtsansprüchen zu gewähren, die gegen deutsche Interessen verstoßen. Dann aber ist auch nichts dagegen einzuwenden, daß dem, der gegen deutsche Interessen verstößt, der Rechtsschutz vor einem deutschen Gericht versagt wird.

Der Polenfall müßte heute ebenso wie die beiden anderen Fälle anders entschieden werden, denn das deutsche Recht kann keinem Rechtsgeschäft Rechtsschutz geben, das deutschen Interessen zuwiderläuft. Im Polenfalle kommt noch hinzu, daß der im deutschen Posen wohnende Pole den Bestrebungen der Regierung seines Gastlandes entgegenwirkte, ein Verhalten, das das RG. auch nach seiner damaligen Anschauung als sittenwidrig hätte bezeichnen müssen.

Wenn also das Handeln sich unmittelbar gegen wichtige deutsche Lebensinteressen richtet, kann es keinen Unterschied machen, ob der Handelnde Deutscher ist oder nicht. Diese Frage kann nur für den Fall entscheidend sein, wenn das Handeln noch nicht in sich unsittlich ist und erst infolge der hinzukommenden Verletzung der vaterländischen Treupflicht sittenwidrig wird.

Zoll- und Steuerhinterziehung sind typische Fälle solchen Handelns gegen wichtige deutsche Interessen. Das RG. erklärte früher Verträge mit Steuerhinterziehungsabsichten in aller Regel für privatrechtlich gültig[43]) und bejahte die Sittenwidrigkeit nur, wenn es sich um ein Veräußerungsgeschäft handelte, das nicht um seiner selbst willen, sondern lediglich zur Begehung oder Verschleierung eines Steuerbetruges getätigt ist[44]). Dieser Ansicht hat sich die überwiegende Lehre angeschlossen, die auch heute noch erklärt, daß Rechtsgeschäfte, die der Steuerumgehung dienen, noch nicht aus diesem Grunde nichtig seien[45]).

41) OLG. Düsseldorf in Deutsche Richterztg. 35 Nr. 139. (Vgl. auch Anmerkung 8 auf Seite 49 dieser Arbeit.

42) Witzmann, S. 23.

43) RG. 107, 364; 112, 236; 118, 116; RG. Warn. R. 23. Jg. Nr. 41 S. 88.

44) RG. in Warn. R. 14. Jg. 89, S. 108 A.

45) Staudinger- Riezler, § 138, Anm. 19, S. 713. RGRKomm. Anm. B a und A a; Oertmann S. 491.

Während das RG. bisher die Sittenwidrigkeit also nur bejahte, wenn die Steuerumgehung der einzige Zweck des Rechtsgeschäftes war, scheint das RG. in jüngster Zeit von seinem Standpunkte abgegangen zu sein, denn es erklärt in einer Entscheidung vom 29. 9. 34 „die Einrichtung eines Bankkontos mit dem Hauptzweck, die darauf eingezahlten Beträge der Versteuerung zu entziehen" für sittenwidrig[46]), da die Steuerhinterziehung etwas sei, „was dem herrschenden Volksempfinden namentlich in jetziger Zeit, zuwiderlaufe". Daß der Hinterziehende auch noch eine gewinnbringende Anlegung seines Geldes im Auge habe, vermöge die Sittenwidrigkeit nicht zu beseitigen[47]).

Der Ansicht des RG. stimmt Boesebeck in der Besprechung des Urteils zu, warnt aber vor „einer ausdehnenden Verallgemeinerung dieser Entscheidung"[48]); wenn die Steuerhinterziehung nur „nebenbei" beabsichtigt sei, könne sie den Vertrag nicht nichtig machen.

Diese letztere Ansicht ist wie die frühere Rechtsprechung des RG. nicht mehr haltbar. In „ausdehnender Verallgemeinerung" der Entscheidung des RG. ist jeder Vertrag für nichtig zu erklären, der eine Zoll- oder Steuerhinterziehung beabsichtigt, auch wenn diese Absicht nur „nebenbei" auftritt, denn Steuerhinterziehung und ihr ähnliche Machenschaften sind derart verwerflich, daß ein deutsches Gericht Verträgen, die Derartiges bezwecken, keine Gültigkeit zusprechen kann[49]). Wenn mit Recht der auf eine gegen einen befreundeten Staat gerichtete Zollhinterziehungsvertrag für nichtig erklärt wird, so ist sicherlich jeder Vertrag nichtig, der sich gegen das Deutsche Reich richtet. Wenn der Vertrag nicht schon aus der Verletzung deutscher Rechtsnormen nichtig ist, so ist er es wegen Sittenverstoßes. Diese Verträge sind in aller Regel ein Gesetzesmißbrauch, den das gesunde Volksempfinden verurteilt[50]). Die Aufgabe des § 138 besteht aber auch gerade in der Erfassung der Rechtsgeschäfte, die zwar nicht gegen eine Norm, aber

46) RG. in JW. 35, 420.

47) Entscheidung des OLG. Düsseldorf in DRZ. 35 Nr. 139, vgl. Anm. 41) auf Seite 12 dieser Arbeit.

48) JW. 35, 420.

49) KG. in JW. 34, 436. Ähnlich wie hier RG. a.a.O. und Hubernagel in NS.-Handbuch.

50) Wacke, in Zschr. d. Ak. f. D.R. 1936, S. 110. Sein Vorschlag, statt der Nichtigkeit solcher Verträge den unsittlich Handelnden so zu behandeln, als hätte er sich sittengemäß verhalten, erscheint für die Umgestaltung des § 139 bedeutsam. Vgl. darüber unten § 12 IV.

gegen den Geist des Gesetzes verstoßen. Der gegen die grundsätzliche Nichtigkeitserklärung solcher Verträge von Oertmann vorgebrachte Einwand, daß das Bedenkliche „nur in der Schädigung des fiskalischen Sonderinteresses liege und diese durch die Heranziehung des § 138 nicht nur nicht gefördert, sondern eher beeinträchtigt würde[51]), hat heute keine Berechtigung mehr, da Steuer und Zollabgaben keine „fiskalischen Sonderinteressen" mehr sind und das Verwerfliche in erster Linie nicht in der materiellen Schädigung des Fiskus, sondern darin erblickt werden muß, daß durch solche Geschäfte letzten Endes das Volksganze erheblich geschädigt wird[52]).

§ 3: Verletzung der Standespflicht.

I. Das RG. hat in ständiger Rechtsprechung die Ansicht vertreten, daß die Verletzung der Standesehre noch nicht ohne weiteres den Vertrag nichtig mache[53]), jedoch seine Ansicht dadurch in der Wirkung erheblich eingeschränkt, daß es die Berücksichtigung des Standes und Berufes der Beteiligten bei der Frage, ob ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt, anerkennt[54]). So hat es z. B. an einen Anwalt oder Richter, die zur Mitwirkung bei der Wahrung des deutschen Rechts berufen sind[55]), besonders hohe Anforderungen hinsichtlich der Unabhängigkeit vom Ausgang des Prozesses gestellt und bei Verletzung dieser Anforderung die Nichtigkeit des zugrundeliegenden Rechtsgeschäftes anerkannt mit der Begründung, daß von gewissen Ständen „eine besonders sittliche Rechtsauffassung" zu fordern sei[56]).

II. Dieser Insicht des RG. hat sich die überwiegende Lehre angeschlossen und bei Ablehnung der Berücksichtigung einer Klassenmoral anerkannt, daß an die einzelnen Berufe besondere Anforderungen zu stellen sind, die bei der Beantwortung der

---

51) Oertmann, S. 491.

52) Im übrigen gibt es genügend Möglichkeiten, eine Schädigung des Fiskus infolge der Nichtigkeitserklärung zu verhindern. Siehe darüber Wacke, a.a.O.

53) RG. 83, 110; 144, 242.

54) RG. 83, 110; 113, 1.

55) RG. 83, 110.

56) Vgl. für die vom RG. in aller Regel für sittenwidrig erklärte Ausbedingung von Erfolgshonorar: RG. 83, 110; 115, 141; 142, 70; 145, 217. — Für den Verkauf einer ärztlichen Praxis RG. 66, 142. — Für das vertragsmäßige Konkurrenzverbot bei bestimmten höheren Berufen: RG. 66, 143, 68, 186; 90, 35.

Frage nach der Sittenwidrigkeit berücksichtigt werden müssen[57]). Die Gleichstellung von Standeswidrigkeit und Sittenwidrigkeit wird jedoch — noch im neuesten Kommentar der Reichsgerichtsräte — abgelehnt[58]). Neuerdings wird gegen diese Ansicht des RG. und der herrschenden Lehre eingewandt, daß infolge der erhöhten Bedeutung der Stände als solche für die Volksgemeinschaft eine Unterscheidung zwischen Standeswidrigkeit und Sittenwidrigkeit nicht mehr haltbar sei[59]).

III. Der bisherige Standpunkt des RG. und der herrschenden Lehre, daß Standeswidrigkeit noch nicht ohne weiteres Sittenwidrigkeit bedeute, ist nach ns. Rechtsauffassung nicht mehr haltbar. Die Stände sind heute dazu berufen, dem einzelnen Volksgenossen die Erfüllung der ihm durch seinen Beruf auferlegten besonderen Standespflichten gegenüber der Volksgemeinschaft zu ermöglichen. Der Stand stellt an den Einzelnen ganz besondere, aus der Eigenart dieses Berufes sich ergebende Anforderungen (z. B. die wirtschaftliche Unabhängigkeit des Anwalts von dem Verfahren seines Klienten), denen sich der Einzelne unbedingt unterordnen muß. Der Stand ist nicht seiner selbst willen da, sondern er ist Ausdruck und Weg der Volksgemeinschaft. Die Standespflichten werden aus der privaten Sphäre herausgehoben und zu „Staatspflichten", deren „Verletzung nicht nur berufliche Folgen, sondern auch bürgerlichrechtliche" mit sich bringt[60]). Eine Verletzung der Standespflicht ist mithin stets ein Verstoß gegen die guten Sitten[61]). Ob an der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes eine über den Kreis der Standesgenossen hinausgehende Allgemeinheit Interesse hat oder nicht, bleibt sich gleich[62]).

---

57) Enneccerus-Nipperdey, 178, I, 1 und 2, Anm. 6 und 8; Vogel S. 27; Planck, I, 1a; RGRKomm. Anm. 1; Oertmann S. 493 zu § 138 und die dort angegebene weitere Literatur. A. A. scheint Lotmar (S. 96) zu sein, der die „Gleichheit aller Rechtsuchenden vor dem Gesetze" auch hinsichtlich der besonderen Anforderungen gelten lassen will. — Die Frage, ob die allgemeine Volksmoral oder die Moral der Kreise maßgeblich ist, in dem sich das rechtsgeschäftliche Handeln abspielt, eine Frage, die von der Lehre — mit Ausnahme von Riezler und Tuhr — übereinstimmend zu Gunsten der Volksmoral entschieden wurde, darf heute als erledigt betrachtet werden, da die ns. Weltanschauung allein und ausschließlich maßgebend ist

58) 8. Aufl., 1934, § 138 S. 212.

59) Staudinger-Riezler, 10. Aufl., 1936, § 138 Anm. 16; Hubernagel in NS.-Handbuch S. 974.

60) Hubernagel in NS.-Handbuch, S. 974.

61) Staudinger-Riezler, § 138 Anm. 16; Hubernagel.

62) A. M.: Luetgebrüne: S. 209, der z. B. ein unter dem Gebührensatz liegendes Honorar für nicht sittenwidrig erklärt, weil an der Nichtigkeit außer den Standesgenossen niemand Interesse habe. Jedoch verbietet die

Wenn sich auch die hier vertretene Meinung wortmäßig von der bisherigen Ansicht des RG. und der Lehre sehr unterscheidet, so ist der wirkliche Unterschied verhältnismäßig gering. Wie wir oben sahen, berücksichtigt das RG. und die Lehre den Stand und stellt an die einzelnen Berufe besondere Anforderungen. Bei der Begründung für die Nichtigkeitserklärung solcher Rechtsgeschäfte gemäß § 138, Abs. 1 BGB. greift das RG. auf die Standesehre zurück. Die Sittenwidrigkeit des Erfolghonorars kann das RG. nicht aus den allgemeinen von ihm entwickelten Grundsätzen für § 138 folgern, sondern die Nichtigkeit nur aus dem Gedanken der Standesehre, der höheren Verpflichtung der einzelnen Stände, herleiten. Diese Standesehre verbietet z. B. einem Anwalt die Verknüpfung eigener Interessen mit den Interessen seines Klienten[63]). Ob das RG. zur Bejahung der Sittenwidrigkeit nach § 138, Abs. 1 auf dem Umwege über die an den einzelnen Stand zu stellenden besonderen Anforderungen kommt, oder ob die Sittenwidrigkeit schon in dem Handeln gegen die Ehre eines Standes erblickt wird, das wird im allgemeinen im Ergebnis gleich sein und nur bei Grenzfällen, wo das Handeln zwar gegen die Standesehre ist, sich aber nicht als Verletzung der besonderen Anforderungen darstellt, von Bedeutung sein. Hier aber muß gefordert werden, daß die Standespflichtverletzung ohne weiteres das Rechtsgeschäft nach § 138, Abs. 1 nichtig macht.

Jedoch wird man eine in der Natur der Sache liegende Einschränkung machen müssen, die auch Ausfluß der Ablehnung einer besonderen Klassenmoral ist: Zwischen der Verletzung der Standesehre und dem rechtsgeschäftlichen Handeln muß ein ursächlicher Zusammenhang bestehen[64]). Ein Rechtsgeschäft ist noch nicht deshalb nichtig, weil der Handelnde einem Stande angehört, an den — vielleicht in ganz anderer Hinsicht — besonders hohe Anforderungen zu stellen sind. Der Fall, den das RG. am 25. 2. 22 zu entscheiden hatte, bei dem das Berufungsgericht das außerdienstliche privatrechtliche Handeln eines Oberturnwartes (das nach allgemeinen Grundsätzen nicht sittenwidrig war) nur deshalb für sittenwidrig erklärt hatte, weil von einem Oberturnwart besonders peinliche Innehaltung der Grenzen rechtsgeschäftlichen Handelns auch bei jeder außer-

---

Standesehre, daß ein Anwalt die Gebührensätze unterbietet. Das Rechtsgeschäft ist daher — auch wenn diese Rücksicht nur in Bezug auf die Standesgenossen gilt, — infolge Standeswidrigkeit sittenwidrig.

63) RG. 115, 141.

64) Luetgebrune, a.a.O.

dienstlichen Betätigung verlangt werden müsse[65]), würde heute auch nicht anders zu entscheiden sein, als das RG. es mit der Begründung für die Verneinung der Sittenwidrigkeit tat, daß „die Erfüllung der Berufspflicht dem Beklagten nicht gegenüber der Klägerin oblag". Nichtig ist das Rechtsgeschäft nur dann, wenn das Verhalten in diesem konkreten Falle hätte unterbleiben müssen, da es andernfalls gegen die Standesehre verstieß. Das Handeln setzt also eine Standespflicht, nicht Standessitte voraus. Was im einzelnen Standespflicht ist, wird durch das Wohl der Volksgemeinschaft und die zwischen dem Stand und der Volksgemeinschaft bestehenden Beziehungen bestimmt.

§ 4: Lohnschiebeverträge.

Die Frage, ob ein Vertrag, durch den sich ein Arbeitgeber einem Lohnarbeiter gegenüber verpflichtet, ihm als Entgelt für seine Dienste nur einen Teil des ihm zustehenden Lohnes zu zahlen, dafür aber an seine Frau weitere regelmäßige Zahlungen zu leisten, gegen die guten Sitten verstößt, — eine Frage, die bisher vom RG. stets verneint wurde[66]) — ist durch das Gesetz zur Änderung von Vorschriften über die Zwangsvollstreckung vom 24. 10 1934 — jetziger § 850 c ZPO. — endgültig und eindeutig in bejahendem Sinne geklärt worden. Die damit zusammenhängenden Fragen müssen hier wegen ihrer grundlegenden Bedeutung für die rechte Anwendung der Rechtssätze im ns. Sinne erörtert werden.

I. Das RG. begründete bisher die Verneinung der Sittenwidrigkeit solcher und ähnlicher Verträge, indem es dem Gläubiger keinen Rechtsanspruch darauf zuerkannte, daß der Schuldner seine Arbeitskraft zu seinen Gunsten in einer Weise verwendete, die es ihm, dem Gläubiger, ermögliche, auf die Gegenleistung für die Arbeit zum Zwecke der Befriedigung Zugriff zu nehmen[67]). Allerdings ist das RG., wohl in der Erkenntnis, daß diese Verträge dem Gerechtigkeitsempfinden aller billig und gerecht Denkenden wenig entsprechen, später von diesem starren Standpunkt abgegangen und hat solche Verträge dann für sittenwidrig erklärt, wenn der Gesamtbetrag der (an Schuldner und Ehefrau zu zahlenden) Vergütungen das Maß dessen übersteigt, was der Schuldner zum Unterhalt seiner Familie be-

65) Seuff. Arch., Bd. 86 Nr. 89.
66) RG. 82, 41; RAG. in JW. 30, 3115.
67) RG. 69, 60.

nötigt[68]). Dieser Ansicht ist auch heute noch der neueste Kommentar von Staudinger[69]). Das OLG. Düsseldorf hat in einer Entscheidung vom 13. 6. 29 sich auf den gleichen Standpunkt wie das RG. in 69, 60 gestellt[70]) und die Sittenwidrigkeit nur dann anerkannt, wenn der Vertrag dazu dienen soll, dem Schuldner ein behagliches Leben zu sichern.

II. Gegen diese ständige Rechtsprechung des RG. sind schon früher Bedenken geltend gemacht worden. Am 30. 5. 30 hat das Amtsgericht in Gelsenkirchen einen Vertrag für unsittlich erklärt, in dem ein zahlungsunfähiger Handwerker sein Geschäft auf seine Frau übertrug, um sich zwar die Kundschaft zu erhalten, die Pfändungen seitens seiner Gläubiger aber zu verhindern[71]). Diese Arten von Verträgen sind vielfach als Scheingeschäfte für nichtig erklärt worden[72]). Gegen die Ansicht des RG., der Gläubiger habe keinen Anspruch auf die Arbeitskraft des Schuldners, wurde eingewandt, daß dieser — von Schwister als richtig empfundene — Gedanke merkwürdigerweise immer dann in die Wagschale geworfen werde, wenn der Schuldner wirklich Lohnarbeit verrichte. Wenn er dies aber tue, dann habe der Gläubiger auch einen Anspruch auf die Gegenleistung für die Arbeit[73]).

III. Wenn auch die Frage, ob der Gläubiger nicht doch einen Anspruch darauf hat, daß sein Schuldner nach Möglichkeit arbeitet, um seine Schulden abtragen zu können, dahingestellt bleiben muß, so ist doch die Ansicht, der Schuldner brauche seine Arbeitskraft nicht zu Gunsten des Gläubigers zu verwerten, heute sicherlich abzulehnen[74]). Die Grenze dessen, was der Schuldner für sich und seine Familie verwerten darf, was also dem Zugriff der Gläubiger entzogen ist, ist durch das Gesetz (§§ 850 ff. ZPO.) geregelt. Was der Schuldner darüber hinaus erhält, bleibt grundsätzlich den Gläubigern vorbehalten[75]). Dies erklärt § 850 c und d eindeutig. Das RG. hätte aber auch schon vor dieser gesetzlichen Regelung mit Hilfe der §§ 134, 138 zur Bejahung der Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit

68) RG. 81, 41.
69) 10. Aufl., 1936, § 138.
70) In JW. 30, 648.
71) In JW. 31, 2594. — Dieser Fall kann nur vergleichsweise hier angeführt werden, da bei Geschäftsschiebungen in erster Linie das Anfechtungsgesetz und darüber hinaus § 138 Anwendung findet.
72) Schwister in JW. 31, 2548.
73) Schwister, a.a.O.
74) Volkmar, in JW. 34, 2824.
75) Recke, in JW. 35, 325.

kommen müssen, denn diese Verträge sind entweder eine Gesetzesumgehung oder aber verstoßen in hohem Maße gegen die guten Sitten[76]). Die durch das Gesetz vorgeschriebene Regelung ist aber keineswegs als unbillig zu betrachten, denn der Schuldner soll für die Begleichung seiner Schulden arbeiten, und die Familie soll als Schicksals- und Lebensgemeinschaft die Folgen der Verschuldung mittragen[77]). Die heutige gesetzliche Regelung beweist aber auch, daß es verfehlt war, dem Schuldner auch über das Maß der ihm nach §§ 850 ff. belassenen Beträge auch noch einen „standesgemäßen Unterhalt[78]) zu gewährleisten.

IV. Die heutige Regelung, die nicht in der Nichtigkeitserklärung des ganzen Vertrages besteht[79]), sondern den Vertrag so behandelt, als wäre die ganze Vergütung dem Schuldner zugekommen, ist für die unten § 12 zu behandelnde Frage der Änderung des § 139 von Bedeutung und wird daher dort erneut zu erörtern sein.

§ 5: Freizeichnung von gesetzlicher Haftung.

I. Die bisherige Rechtsprechung des RG. und die Lehre bejahten grundsätzlich die Möglichkeit der Freizeichnung von der gesetzlichen Haftungsregelung[80]), sofern sie nicht gegen die Vorschrift des § 167, Abs. 2 BGB. verstößt[81]). Die Sittenwidrigkeit wird nur dann bejaht, wenn der Unternehmer eine monopolartige Stellung innehat und diese dazu mißbraucht, „dem anderen Vertragsteile unbillige und unverhältnismäßige Bedingungen vorzuschreiben“[82]). Das Vorliegen einer monopolartigen Stellung wird nicht erst dann bejaht, wenn der Unternehmer ein rechtliches Monopol hat, sondern „entscheidend ist, welche Stellung das Unternehmen im allgemeinen Verkehr einnimmt“[83]). Der Mißbrauch dieser Stellung, der die Sittenwidrigkeit begründet, wird darin erblickt, daß der Unternehmer dem

---

76) Schwister, a.a.O.

77) OLG. Köln vom 3. 12. 29 in JW. 30, 569. — Anderseits trägt das Gesetz berechtigten Belangen des Schuldners in größerem Umfange als früher, insbesondere durch Heraufsetzen der Pfandgrenzen, Rechnung.

78) Staudinger.

79) Womit der von Schwister gegen die Nichtigkeit nach § 138 geltend gemachte Einwand, der Gläubiger habe dann nur einen Bereicherungsanspruch (Schwister, a.a.O.), ausgeräumt ist.

80) RG. 81, 316; Weller a.a.O.

81) RG. 110, 59.

82) RG. 20, 117; 62, 266;; 81, 320; 103, 83.

83) RG. 62, 266; 99, 110; 115, 220.

allgemeinen Verkehr unbillige Opfer auferlegt und dies bejaht, wenn er sich von der Haftung für eigene Fahrlässigkeit oder für das Verschulden der leitenden Gehilfen freizeichnet[84]). Die Freizeichnung vom Verschulden nichtleitender Angestellter ist mithin gültig, insbesondere wenn der Unternehmer nicht in der Lage ist, bei der Auswahl seiner Leute mit der genügenden Sorgfalt vorzugehen[85]). Während das Erbieten des Unternehmers, auf Kosten des Vertragsgegners eine Versicherung abzuschließen, im letzteren Falle alle Bedenken gegen die Erlaubtheit der Freizeichnung ausräumen soll[86]), soll dies nicht genügen, wenn es sich im übrigen um die Ausnützung einer Monopolstellung handelt[87]).

Noch in jüngster Zeit hat die Rechtsprechung die Ausdehnung der Sittenwidrigkeit auch auf die Fälle, in denen eine monopolartige Stellung nicht vorliegt, wenn nicht gerade verneint, so doch aber dahingestellt sein lassen[88]) und hat die in den allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgenommene Freizeichnung für fahrlässige falsche Auskünfte der Bankbeamten für rechtlich zulässig erklärt[89]).

II. Rechtsprechung und Lehre begründen ihren Standpunkt von der grundsätzlichen Erlaubtheit der Freizeichnung damit, daß das Gesetz die Umkehrung der gesetzlichen Haftungsregelung gestatte und nur verlange, daß dies „auf Grund freier Vereinbarung unabhängig von jeder Zwangslage erfolge“[90]).

Es fragt sich, ob diese Auffassung heute noch haltbar ist, und, wenn ja, ob die vom RG. für die Erlaubtheit der Freizeichnung aufgestellten Grundsätze auch heute noch anzuerkennen sind.

Wunderlich gibt zu, daß an sich jeder seine Haftung tragen müsse und daß „der Verkehr diese Rechtslage als billig“ empfindet[91]). Dagegen hat Roth mit Recht eingewandt, daß, wenn der Verkehr die gesetzliche Rechtslage als billig empfindet, sich niemand dieser billigen Rechtslage entziehen darf, es sei denn, er könnte für diese andersartige Regelung wichtige Gründe, deren Berechtigung sich nach dem Gemeinwohl bestimme, an-

84) RG. 102, 397; 103, 83; RG. in JW. 36, 1787; Wunderlich S. 63; Weller S. 18 und die dort S. VII bis IX angegebene Literatur.
85) RG. 20, 115; 99, 111; Weller S. 18.
86) RG. 99, 111.
87) RG. 106, 386.
88) OLG. Karlsruhe v. 22. 3. 34 in JW. 34, 1510.
89) RG. in JW. 36, 2066.
90) Wunderlich, S. 58.
91) Ebenda.

geben[92]). Die Vertragsfreiheit[93]) geht nicht so weit, daß die Parteien jede gesetzliche Regelung durch ihre Verabredung ersetzen können.

Diesen Ausführungen Roths ist zuzustimmen. Mithin werden im ns. Recht für die Freizeichnung folgende Grundsätze maßgebend sein: 1. Die Parteien müssen grundsätzlich die im Gesetz mit viel Bedacht geregelten Haftungsgrundsätze gelten lassen und dürfen nur bei berechtigtem Grund von dieser Regelung abweichen. 2. Wird die Freizeichnung unter Abänderung der gesetzlichen Regelung nur dann anzuerkennen sein, wenn als weiteres Moment die vollständige Unabhängigkeit von jeder Zwangslage gegeben ist.

Das Gesetz geht von dem Gedanken der Gleichheit der Parteien aus. Diese ist aber nicht erst dann gestört, wenn die eine Partei eine monopolartige Stellung innehat, sondern auch schon dann, wenn die eine Partei der anderen wirtschaftlich derart überlegen ist, daß die letztere große Nachteile zu gewärtigen hat, wenn sie Vertragsbedingungen der ersteren nicht annimmt. Aus dieser Erkenntnis hat das OLG. Karlsruhe den Begriff „monopolartige Stellung" ausgedehnt und in dem vom Kläger vor Betreten der Fabrik des Beklagten schriftlich abgegebenen Verzicht auf Schadenersatz wegen etwaiger Unfälle ein Sittenwidrigkeit erblickt, weil dem Kläger, der im übrigen im Interesse des Beklagten die Fabrik besuchte, die Ablehnung des Geschäftes mit dem Beklagten große Nachteile bringen konnte[94]). Ebenfalls mit Recht hat das LG. Berlin grundsätzlich die Freizeichnung des Vermieters von der ihm gegenüber seinen Mietern obliegenden Schutzpflicht als sittenwidrig und daher nichtig angesehen[95]).

Es wird also über die bisherige Rechtsprechung in der Anwendung des § 138 auf die Freizeichnung von gesetzlichen Haftungsgründen, die „anerkennenswert, aber nicht ausreichend ist"[96]), hinaus jede Abweichung von der gesetzlichen Regelung dann für sittenwidrig zu erachten sein, wenn die Freizeichnung

---

92) Roth, in JW. 36, 2897, Anm.

93) Bei der nach ns. Rechtsdenken nur der Entschluß, Vertragsbeziehungen anzuknüpfen frei ist, aber nicht seine Ausführungen. Roth a.a.O.

94) OLG. Karlsruhe in JW. 34, 1510. Es kann hier unterstellt werden, daß das OLG. die Sittenwidrigkeit in dem vorliegenden Falle dann verneint hätte, wenn der Beklagte für seine Freizeichnung triftige Gründe, die nicht im Widerspruch zum Gemeinwohl stehen, hätte angeben können.

95) LG. Berlin vom 3. I. 35 in JW. 35, 1111 u. Anm. v. Roquette.

96) Heck, Schuldrecht, § 27 Nr. 10.

unter Ausnutzung jeder wirtschaftlichen Übermacht[97]) und ohne von der Gemeinschaft als billig anerkannten Grund vorgenommen wird[98]).

§ 6: Unsittliche Rechtsgeschäfte auf dem Gebiete des Familienrechts.

I. Die erste Gruppe dieser Rechtsgeschäfte sind Verträge, die sich gegen den Bestand und die Reinerhaltung der Ehe richten. Verträge, die auf Erleichterung der Ehescheidung hinzielen, sind in aller Regel sittenwidrig[99]), und auch die nachfolgende Bestätigung kann als ebenso unsittliche erneute Vornahme den Vertrag nicht gültig machen[100]). Die Nichtigkeit erfaßt das Erfüllungsgeschäft, wenn gerade durch dieses die Einwilligung zur Ehescheidung erkauft werden soll[101]). Aber nicht nur die Verträge, die unmittelbar die Ehescheidung vereinbaren, sondern auch alle die Verträge sind sittenwidrig, die die Erhebung der Scheidungsklage erleichtern oder vorbereiten. So ist insbesondere die Regelung der Unterhaltsansprüche unabhängig vom Verschulden[102]) und die Verpflichtung zu Unterhaltszahlung bei (berechtigtem oder unberechtigtem) Getrenntleben des Andern[103]) und der Ausschluß der Berufung gegen das die Scheidung aussprechende Urteil der 1. Instanz[104]) für sittenwidrig erklärt worden, wie auch die Verpflichtung, getrennt zu leben, wenn ein Recht zum Getrenntleben nach § 1353 nicht besteht[105]). Ferner sind alle Verträge nichtig, die auf eine Verhinderung der Eheschließung abzielen[106]).

---

97) Vgl. RG. vom 21. 2. 36 in JW. 36, 1823.

98) Dies stellt sich keineswegs als unbillige Härte dar, denn der Unternehmer kann sich gegen seine Haftpflicht versichern. — Die Frage der Zulässigkeit der formularmäßigen Abdingungen, bei der die Anforderungen noch strengere sein werden, da hier die Gefahr des Mißbrauches größer ist, ist eine Frage des Zustandekommens einer Vertragsabrede und kann daher hier nicht erörtert werden. — Jedenfalls genügt die Tatsache, daß eine „Vertragspartei die andere durch arglistige Täuschung zum Abschluß des Geschäftes bestimmt hat" (und zwar wie § 123 beweist) nicht zur Nichtigkeit gemäß § 138 RG. 72, 216.

99) RG. 118, 171; 126, 320; JW. 33, 154.

100) RG. 150, 385.

101) RG. in DRZ. 35, II Nr. 128. Vgl. Anm. 161 auf Seite 31 dieser Arbeit.

102) RG. 108, 213.

103) RG. 61, 50.

104) RG. 70, 59.

105) Anders, wenn es sich nur um die Abkürzung des Verfahrens handelt, RG. 118, 171.

106) Oertmann, S. 492.

Die zweite Gruppe dieser Art Rechtsgeschäfte sind die Verträge, die unter der Verletzung der Verpflichtung gegenüber den Kindern oder sonstigen Angehörigen abgeschlossen sind. So ist es unsittlich, auf Kosten der Angehörigen und unter Verletzung der Pflichten diesen gegenüber Dritten Vorteile zu verschaffen[107]), insbesondere sind Zuwendungen eines Ehemanns an seine Geliebte oder die an der Scheidung der ersten Ehe mitschuldige zweite Frau sittenwidrig, wenn dadurch die Kinder oder sonstige Angehörige hintenangesetzt werden[108]). Ferner ist ein Vertrag unsittlich, durch den ein unehelicher Vater seiner Frau gegenüber, in deren Geschäft er tätig ist, auf Gehalt verzichtet, um den Anspruch des Kindes zu vereiteln. Dieser Vertrag ist — von der heutigen Regelung der Lohnschiebeverträge einmal abgesehen — aber auch schon aus dem Grunde der Pflichtverletzung unsittlich[109]). Ein Vertrag, durch den sich ein Vater mehrerer Kinder seinen Eltern gegenüber, unbekümmert um deren Bedürftigkeit, zum Unterhalte verpflichtet, ist sittenwidrig, wenn dem Vater dadurch die Mittel zur Erziehung seiner Kinder entzogen werden[110]), wie auch der Vertrag nichtig ist, durch den die von ihrem Vater wirtschaftlich abhängigen Kinder diesem und seiner zweiten Frau ihr Erbteil und Vermögen zeitlebens zur Nutznießung überlassen, weil der Vater den Kindern angedroht hatte, sie andernfalls auf den Pflichtteil zu setzen[111]).

Im Gegensatz zu der Entscheidung in RG. 142, 410 hat das RG. in einer neueren Entscheidung vom 12. 3. 34 in einem Falle, in dem der Kläger eine Frau, mit der er Ehebruch getrieben hatte, als Bezugsberechtigte eines Versicherungsbetrages bezeichnet hatte, die Sittenwidrigkeit mit der Begründung verneint, daß die Vereinbarung zwischen dem Kläger und der Versicherungsgesellschaft durch die unsittliche Zuwendung der Rechte aus dem Vertrage zu Gunsten Dritter nicht berührt werde, da bei einem Vertrag zu Gunsten Dritter der unsittliche Zweck, der die Grundlage der Vereinbarung sei, die Wirksamkeit des Vertrages nicht beeinflussen könne[112]).

---

107) RG. 142, 415.

108) RG. 142, 410.

109) RAG. Warn. 1932, Nr. 96.

110) RG. in Seuff. Arch. Bd. 88, Nr. 97.

111) RG. in JW. 37, 25.

112) RG. in JW. 34, 1409.

II. Den Ansichten des RG. hat sich die Lehre im großen und ganzen angeschlossen[113]).

III. Den Ansichten des RG. ist auch vom Standpunkt des Nationalsozialismus weitest zuzustimmen. Insbesondere sind die auf Ehescheidungserleichterung hinausgehenden Verträge[114]) stets sittenwidrig, und es ist nur dann ein „nur die Abkürzung des Verfahrens" bezweckender Vertrag anzunehmen, wenn ein wirklicher Scheidungsgrund vorliegt oder das Verschulden bereits durch Urteil festgestellt ist[115]).

Dagegen sind gegen andere Entscheidungen des RG. Bedenken zu erheben.

Wie der Staat einerseits ein berechtigtes Interesse an der Erhaltung und Reinerhaltung bestehender Ehen hat, so hat er andererseits ein Interesse daran, alles zu verhindern, was der Gründung einer Familie zuwiderläuft. Insbesondere sind Verträge, die geeignet sind, die Eheschließung zu verhindern, sittenwidrig. Demnach müßte der in RG. 98, 176 zur Entscheidung stehende Fall heute anders entschieden werden. Die Parteien, die in wilder Ehe miteinander lebten, vereinbarten, daß der Beklagte an die Klägerin im Falle seiner Verheiratung RM. 15 000 zahlen müsse. Der Beklagte lebte in dürftigen Verhältnissen; den Parteien war bekannt, daß er das Geld aus eigenen Mitteln nicht werde aufbringen können. Der Vertrag wirkte mithin eheverhindernd, zumindest eheerschwerend und kommt einer Verpflichtung, nicht zu heiraten, in der Wirkung gleich. Da ein höherer, ethischer Grund für diesen Verzicht auf die Heirat nicht vorliegt, ist er sittenwidrig. Sollten aber die Parteien damit gerechnet haben, daß der Beklagte diese Summe vom eingebrachten Gut seiner zukünftigen Frau zahlen soll, so zeugt dies nicht nur „nicht von vornehmer Gesinnung"[116]), sondern widerspricht dem ns. Rechtsempfinden und dem gesunden Volksempfinden, das es für unsittlich hält, wenn eine Frau ihr Geld für die Entlohnung einer anderen Frau hergeben soll, die früher mit ihrem Manne in wilder Ehe gelebt hat. Dabei kann es auch keinen Unterschied machen, ob diese Summe als Belohnung für den Geschlechtsverkehr oder als Entgelt für die geleisteten

113) Vgl. Oertmann, Planck, Staudinger, RGRKomm.

114) zu denen auch die Regelung der Unterhaltungsansprüche gehören, da sie den Parteien die Verletzung ihrer gegenseitigen Treupflicht erleichtern, es sei denn, daß die Parteien einen wichtigen Grund für den Abschluß des Vertrages angeben könnten. (Vgl. § 5 S. 19 ff. dieser Arbeit.)

115) RG. in Warn. Rchtspr. 34 Nr. 29 und 35, Nr. 134.

116) RG. 98, 176.

Dienste und die verringerten Heiratsaussichten gegeben wird, denn wirkliche Grundlage des Vertrages war das geschlechtliche Verhältnis. Auch die Entscheidung vom 12. 3. 34, in der die Nichtigkeit des Versicherungsvertrages deswegen verneint wurde, weil die Versicherung nicht auch gegen die guten Sitten verstößt, ist irrig. Das RG. stellt es auf die Nichtigkeit des Versicherungsvertrages ab, während es doch hier auf die Sittenwidrigkeit der Bezugsberechtigungsbescheinigung ankommt. Diese stellt sich als eine Belohnung für den ehebrecherischen Verkehr dar und ist daher in sich unsittlich. Eine beiderseitige Unsittlichkeit ist daher nicht erfordert[117]). Dieser Entscheidung gegenüber ist an der in 142, 410 entwickelten Ansicht festzuhalten, daß die Überschreibung einer Bezugsberechtigung an eine Ehebrecherin unsittlich ist und nach deutschem Rechtsempfinden das Leerausgehen der Kinder gegen die guten Sitten verstößt. Wenn auf den Fall des RG. 142, 410, in dem der Vater alle Rechte aus dem Versicherungsvertrage an die mitschuldige zweite Frau abgetreten hatte, die oben abgelehnte Ansicht des RG.[118]) angewandt würde, so gingen die Kinder leer aus, da der Versicherungsvertrag von dem unsittlichen Zwecke der Zuwendung unberührt bliebe. Schon dieses Ergebnis zeigt, daß es nicht auf den Vertrag, sondern auf die Zuwendung ankommen muß.

Es muß in diesem Zusammenhange noch kurz auf die Verträge der Eheschließung und Kindesannahme zur Erlangung eines adeligen oder — heute — arischen Namens eingegangen werden[119]).

Trotz der Regelung dieser Fragen durch das Gesetz gegen den Mißbrauch bei der Eheschließung und der Annahme an Kindesstatt vom 23. 11. 33[120]) hat diese Frage noch Bedeutung, wenn z. B. die gerichtliche Bestätigung der Kindesannahme in Unkenntnis der wahren Umstände erfolgte oder die Frist zur Antragstellung auf amtliche Feststellung der Nichtigkeit versäumt wurde[121]). Das RG. hat zwar schon früher die lediglich zum Zwecke der Übertragung eines adeligen Namens vorgenommene Kindesannahme für nichtig erklärt[122]), jedoch nur,

117) Hagen in JW. 34, 1409.
118) In JW. 34, 1409.
119) Vgl. Eisser, Rasse und Familie in Recht u. Staat, Bd. 115 und die dort angegebene Literatur.
120) RGBl. I, S. 979.
121) Staudinger-Riezler, S. 705.
122) RG. 114, 338; 117, 227.

wenn beide Parteien in dieser alleinigen Absicht gehandelt haben[123]).

Die jetzige gesetzliche Regelung beweist aber die Unrichtigkeit dieser Einschränkung. Diese Regelung, die die zu diesen Zwecken geschlossene Ehe für nichtig (§ 1325 a BGB.) erklärt und der Kindesannahme die Bestätigung versagt, ist der Beweis dafür, daß der Staat die Verbindung familienrechtlicher Verpflichtungen und Einrichtungen mit Vereinbarungen materieller Art nicht duldet, und daß daher solche Verträge, die dem Wesen dieser familienrechtlichen Einrichtungen entgegenstehen, sittenwidrig sind. Sie ist aber auch ein Beweis dafür, daß die Ehe „über die Angelegenheiten der Ehepartner hinaus eine Aufgabe am Dienste der Erhaltung der rassischen und kulturellen Kräfte des Volkes ist[124]). Die amtliche Begründung des Gesetzes[125]) erklärt die Notwendigkeit der gesetzlichen Regelung damit, daß es bisher an einem Verfahren gefehlt habe, die Nichtigkeit der Ehe überhaupt und die der Kindesannahme gegen den Willen der Beteiligten festzustellen. Der ns. Staat muß die Möglichkeit haben, eine Ehe und eine Kindesannahme, die den nach ns. Rechtsauffassung obwaltenden Zwecken dieser „zur Befriedigung idealer Bedürfnisse geschaffenen Rechtseinrichtungen"[126]) zuwiderlaufen, zu vernichten. Dies hätte hinsichtlich der Kindesannahme schon durch rechte Anwendung des § 138 erreicht werden können[127]).

§ 7: Auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung.

Es muß hier noch — insbesondere mit Rücksicht auf die Entscheidung des großen Ziv. Sen. des RG. vom 13. 3. 36[128]) — erörtert werden, ob ein auffallendes Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ohne Hinzukommen eines weiteren Umstandes genügt, einen Vertrag nichtig zu machen.

I. Das RG. vertrat früher den Standpunkt, daß ein auffallendes Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nur dann ein Rechtsgeschäft nichtig machen könne, wenn alle Begriffsmerkmale des Wuchers gemäß § 138, Abs. 2 BGB. gegeben seien, daß also diese Frage aus der allgemeinen Regelung des

123) RG. 114, 338.
124) Siebert in NS.-Handbuch, S. 955.
125) In Deutsche Justiz, 33, 765.
126) Staudinger, 1926, 9. Aufl. § 1755, Anm. I A b.
127) Vgl. auch Maßfeller in D.J. 33, 752.
128) RG. 150, 1.

§ 138, Abs. 1 BGB. herausgehoben sei[129]). Diesen engen Standpunkt hat das RG. bald wieder aufgegeben und erklärt, zur Nichtigkeit § 138, Abs. 1 genüge es, wenn zu dem Mißverhältnis noch „ein weiterer Umstand" hinzukomme, der den Vertrag nach der „sich aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck ergebenden Gesamtgestaltung — also aus objektiven und subjektiven Momenten — als gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßend erscheinen läßt"[130]).

Neuerdings hat der Große Ziv. Sen. des RG. sich mit der Frage beschäftigt und in seinem Beschluß vom 13. 3. 36 unter Berufung auf das neue Rechtsdenken in Abweichung der bisherigen Rechtsprechung des RG. erklärt:

> „Ein Rechtsgeschäft, bei dem Leistung und Gegenleistung in auffallendem Mißverhältnis zueinander stehen, die übrigen Merkmale des Wuchers (§ 138, Abs. 2) aber nicht vorliegen, ist nach § 138, Abs. 1 nichtig, wenn außer dem Mißverhältnis eine solche Gesinnung des die übermäßigen Vorteile beanspruchenden Teiles festzustellen ist, daß das Rechtsgeschäft nach Inhalt, Beweggrund und Zweck gegen das gesunde Volksempfinden verstößt. Auf diese Gesinnung kann u. U. aus dem Mißverhältnis geschlossen werden. Wenn sich ein Teil böswillig oder grob fahrlässig der Erkenntnis verschließt, daß sich der andere aus einer mißlichen Lage heraus auf die schweren Bedingungen einläßt, so kann dies in Verbindung mit dem Mißverhältnis das Rechtsgeschäft nichtig machen[131])."

Diese Ansicht hat das RG. in einer Entscheidung vom 30. 3. 36 ausdrücklich wiederholt[132]).

II. Schon früher wurde in der Lehre — im Gegensatz zu der Ansicht des RG. — die Ansicht vertreten, „ein Vertrag, bei dem Leistung und Gegenleistung nach der allgemeinen Ansicht billig und gerecht denkender Menschen in einem auffallenden Mißverhältnis stehen, auch dann nach § 138, Abs. 1 sittenwidrig sei", wenn keines der Merkmale des § 138, Abs. 2 vorliege[133]). Neuerdings erklärt das OLG. Hamburg unter Berufung auf ns. Rechtsdenken ein Geschäft dann für sittenwidrig, wenn „die versprochenen Vermögensvorteile den Wert der Leistung in

129) RG. 64, 181; 72, 68.
130) RG. 83, 112; 93, 28.
131) RG. 150, 1.
132) RG. in JW. 36, 2129.
133) Enneccerus-Nipperdey, § 179, IV; Kipp in DJZ. 1916, 466.

einem derartigen Maße übersteigen, daß sich das Mißverhältnis als übermäßiger, durch nichts gerechtfertigter und dem Volksempfinden zuwiderlaufender Eigennutz darstellt“[134]).

Diese Ansicht findet im Schrifttum weitgehende Unterstützung. Jedes übermäßige Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung soll schlechthin als sittenwidrig erklärt werden, falls nicht besondere Umstände das Mißverhältnis rechtfertigen[135]), denn „die Vereinbarung hoher Zinsen entgegen dem Gemeininteresse widerspreche den guten Sitten“ und bei der heute herrschenden Geldknappheit sei das Nehmen hoher Zinsen stets gegen das Gemeininteresse[136]), es müsse daher ein auffallendes Mißverhältnis bei Rechtsgeschäften ausgeschlossen sein[137]).

III. Bevor wir an die kritische Würdigung der obigen Ansichten gehen, müssen wir uns darüber klar werden, daß das „auffallende Mißverhältnis“ nicht immer und ohne weiteres etwas Sittenwidriges zu sein braucht[138]). Es sind Fälle denkbar, wo dieses Mißverhältnis gerechtfertigt ist[139]). Wir haben es also bei dem auffälligen Mißverhältnis im Gegensatz zu den meisten bisher behandelten Fragen nicht etwa mit etwas Unsittlichem in sich zu tun[140]). Wenn aber das auffallende Mißverhältnis nichts in sich Unsittliches ist, so kann es auch nicht genügen, um einen Vertrag wegen Sittenwidrigkeit zu vernichten. Es muß vielmehr noch ein „weiterer Umstand“ hinzukommen, der den Vertrag nach seinem Gesamtcharakter unsittlich macht.

Diese Ansicht wird von der Rechtsprechung und überwiegenden Lehre auch anerkannt[141]).

Meinungsverschiedenheit besteht aber darüber, ob der weitere

---

134) OLG. Hamburg vom 5. 9. 34 in J.Rundschau, 1935 Nr. 327.

135) Liebnitz in D.J. 35, 843.

136) Roth in JW. 33, 1817.

137) Miller, in D.R. 33, 206; Henning in D.R. 35, 261.

138) Vgl. Mitzschke in JW. 36, 1283.

139) Süss weist darauf hin und nennt als Beispiele Risikoverträge, Spekulationsverträge, Schenkungsverträge.

140) Ein Vertrag, der unter der Verletzung der vaterländischen Pflicht oder gegen das Gemeinwohl abgeschlossen wurde, ist stets in sich unsittlich und kann durch nichts gerechtfertigt werden.

141) Vgl. neuerdings RG. 150, 1; OLG. Hamburg; LG. Berlin vom 21. 2. 34 in JW. 34, 1373; Süss in D.Rechtswiss. 1936 S. 359 ff.; Stoll in Arch. f. ziv. Pr. 142, 333 ff.; Volkmar in D.J. 6, 610 ff.; zweifelhaft Mitzschke in JW. 36, 1282. A.M.: Liebnitz, a.a.O.

Umstand notwendig ein subjektiver sein muß[142]) oder auch objektiv sein kann[143]).

Wenn auch grundsätzlich an der Ansicht des RG. festzuhalten ist, daß die Gesinnung bei allen nicht in sich unsittlichen Rechtsgeschäften berücksichtigt werden muß (eine Forderung, die heute mehr denn je erhoben werden muß[144]), so gibt es doch zahlreiche Fälle, bei denen unbekümmert um die vielleicht saubere persönliche Einstellung des Einzelnen das Mißverhältnis sich als ein dem Volksempfinden widersprechender Eigennutz darstellt[145]). Gegen einen solchen „dem Ganzen nachteiligen Eigennutz des einzelnen Volksgenossen" muß sich aber nach der „heutigen Auffassung des Staats- und- Wirtschaftslebens" das Reich zur Wehr setzen[146]). In diesem Falle kann es keinen Unterschied machen, ob der weitere Umstand subjektiv oder objektiv (etwa Deflation, Krieg usw.) ist[147]), das Rechtsgeschäft muß unter allen Umständen vernichtet werden[148]).

Die Ansichten des RG., des Obersten Hanseatischen Gerichtes und die von Süß und Mitzksche sind in diesem Punkte aber auch gar nicht so weit entfernt, wie es auf den ersten Blick den Anschein hat. Alle wollen ein Handeln verhindern, das sich „als ein durch nichts gerechtfertigter Eigennutz" darstellt. Das RG. und Mitzschke kommen zur Bejahung dieses Eigennutzes über subjektive Umstände, indem sie die subjektiven Anforderungen auf ein Mindestmaß herabdrücken und aus den objektiven Momenten auf die unsittliche Gesinnung schließen. Die beiden anderen werten ebenfalls die Gesamtumstände[149]), bejahen

142) RG. 150, 1; Stoll, a.a.O.; Volkmar, a.a.O.

143) Süss, S. 376; Roth in JW. 33, 1817.

144) Siehe darüber unten Schlußbemerkung.

145) Süss S. 371.

146) RG. 150, 1.

147) So auch RG. 83, 113: „Ausnutzung der Sach- und Rechtslage" und RG. 93, 29: „Unerlaubte und unsittliche Ausnutzung der allgemeinen Schwierigkeiten des Geld- und Arbeitsmarktes".

148) Es ist nicht einzusehen, wie Mitzschke zwar erklärt, „es würde der ns. Rechtsauffassung zuwiderlaufen, einem Rechtsgeschäft Schutz angedeihen zu lassen, das, abgesehen von der Ausbeutung des Vertragsgegners, auch für andere Volksgenossen schwere Folgen haben kann" (JW. 36. 583), dann aber daraus die Folgerung zieht, daß die objektive Sachlage nicht entscheidend sein kann, „vielmehr die Sittenwidrigkeit des Vertrages aus der ineren Einstellung" des Handelnden zu entnehmen sei. Jedoch scheint M. es in Wirklichkeit mehr auf die Kenntnis der Umstände als die unsittliche Gesinnung abzustellen, da er die letztere bei Kenntnis der Umstände unterstellt. Er kommt damit zu dem gleichen Ergebnis, wie die von ihm abgelehnte Entscheidung des OLG. Hamburg.

149) Volkmar ,in D.J. 36, 610.

aber den Eigennutz bei Vorliegen nur objektiver Momente. Entscheidend ist die Prüfung der Gesamtumstände, und wenn diese bereits allein aus objektiven Merkmalen das Rechtsgeschäft gegen das gesunde Volksempfinden verstoßend erscheinen lassen, kann die subjektive Einstellung keine Bedeutung mehr haben.

Eine Frage der Beweislast ist, ob das Mißverhältnis nur als Anhaltspunkt für das Vorliegen einer eigennützigen Gesinnung zu werten ist[150]) oder ob es als Vermutung aufzufassen ist[151]). Über die Ansicht des RG., daß das Mißverhältnis so groß sein könne, daß es den Schluß auf die eigennützige Gesinnung zwingend nahelegt, hinaus, ist die Ansicht des OLG. Hamburg anzuerkennen, daß bei Vorliegen eines groben Mißverhältnisses die Vermutung für das Vorliegen des Eigennutzes gegeben ist[152]). Der Begünstigte muß sich rechtfertigen, er muß die Gründe dartun, die in seinem konkreten Falle das Mißverhältnis rechtfertigen. Er muß vor allem beweisen, daß ihm die Umstände, die zur Nichtigkeit führen, nicht bekannt waren. Durch diese Regelung, in Verbindung mit den unten zu erörternden Anforderungen in subjektiver Hinsicht im allgemeinen werden auch die von Liebnitz[153]) erwähnten Fälle wirksam erfaßt; zur Erfassung der Fälle, wo der den überwiegenden Vorteil beanspruchende Teil sich eines gutgläubigen Mittelmanns bedient oder angeblich für einen anderen handelt, scheint die analoge Anwendung des § 164, Abs. 2 BGB. angebracht zu sein[154])[155]).

III.

§ 8: Das Verfügungsgeschäft bei Unsittlichkeit des Verpflichtungsgeschäfts.

Die Frage, ob das unsittliche Grund-(Verpflichtungs-)geschäft, das zur Ausführung vorgenommene dingliche Erfül-

150) RG. 150, 1.
151) OLG. Hamburg und Süss.
152) Süss a.a.O.
153) Liebnitz, a.a.O.
154) S. 363 ,bei Süss.
155) Im Anschluß daran sei noch auf die Rechtsprechung des RG. hinsichtlich langjähriger Bierbezugsverträge hingewiesen. Das RG. hat den auch heute noch anzuerkennenden Grundsatz entwickelt, daß die langjährige Bindung eines Wirtes an eine bestimmte Brauerei den Vertrag noch nicht sittenwidrig mache (67, 101, ebenso OLG. Hamburg in JW. 34, 3012), sondern daß es auf die Prüfung der Gesamtumstände ankommme und die Sittenwidrigkeit erst dann zu bejahen sei, wenn außer der langjährigen Bindung der Vertrag sich noch als Knebelung oder unerlaubte Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit des Wirtes darstelle (RG. in JW. 35, 1553).

lungs-(Leistungs-)geschäft ebenfalls nichtig mache oder nicht, ist schon seit der im BGB. durchgeführten Abstraktion des Erfüllungsgeschäftes Gegenstand lebhafter Erörterung gewesen. Hier kann die ganze Problematik dieser Frage nicht aufgerollt werden, sondern nur insoweit auf die bisherigen Meinungen eingegangen werden, soweit es sich um die Unabhängigkeit des Erfüllungsgeschäftes bei Unsittlichkeit des Grundgeschäftes handelt.

I. Das RG. hat den vom römischen Recht ins bürgerliche Recht übernommenen Gedanken der Unabhängigkeit des Erfüllungsgeschäftes vom Verpflichtungsgeschäft in ständiger Rechtsprechung auch auf den § 138, Abs. 1 BGB. ausgedehnt und erklärt, daß grundsätzlich das Erfüllungsgeschäft unabhängig (abstrakt) sei und nicht von der Unsittlichkeit des Grundgeschäftes berührt werde[156]). Den vorübergehend vertretenen Standpunkt, das Erfüllungsgeschäft könne überhaupt nicht von der Unsittlichkeit des Grundgeschäftes erfaßt werden[157]), hat es bald wieder aufgegeben[158]) und später ausdrücklich erklärt, das unsittliche Grundgeschäft mache das Erfüllungsgeschäft dann nichtig, „wenn gerade mit dem dinglichen Rechtsvorgang der unsittliche Zweck verfolgt werde oder in ihm die Unsittlichkeit begründet liege“[159]), ferner wenn die Gültigkeit des Erfüllungsgeschäftes von der Rechtswirksamkeit des Grundgeschäftes in Form der Bedingung abhängig gemacht worden sei. Das RG. hat seine grundsätzliche Einstellung bei den zahlreichen Bordellverträgen ausgebaut und regelmäßig die Erfüllungsgeschäfte (Übereignung, Hypothekenbestellung) für gültig erklärt. Die Einschränkung dieses Grundsatzes hinsichtlich der möglichen Nichtigkeit hat das RG. an den Entscheidungen über die Sicherungsübereignung entwickelt, indem es in der Weggabe der letzten Habe eine Unsittlichkeit erblickt hat[160]), sowie bei den Verträgen zur Erleichterung der Ehescheidung[161]). So hat das RG. die Übereignung eines Grundstückes an die Ehefrau, um diese zur Ehescheidung zu bewegen, für nichtig erklärt[162]) und ferner die Abtretung einer Forderung zu dem Zwecke, dem Prozeßgegner die Einziehung der Prozeß-

156) RG. 68, 97; 75, 68; 78, 282; 109, 201; 145, 152.
157) RG. 63, 179.
158) RG. 68, 97.
159) RG. 145, 152.
160) RG. in Gruch. 57, 916; 49, 452; EG. 109, 201.
161) Vgl. Anm. 101) S. 22 dieser Arbeit.
162) RG. 145, 152.

kosten von dem mittellosen neuen Gläubiger unmöglich zu machen[163]).

Dieser Ansicht des RG. hat sich die Lehre angeschlossen[164]).

II. Gegen die Ansicht der herrschenden Lehre und des RG., daß grundsätzlich das Verfügungsgeschäft durch die Sittenwidrigkeit des Verpflichtungsgeschäftes nicht berührt werde, sind schon früher Bedenken erhoben worden. Nach der Auffassung des Volkes gehöre das Verpflichtungs- und das Erfüllungsgeschäft als eine Einheit zusammen und die Unsittlichkeit des ersteren müsse die Unsittlichkeit und Nichtigkeit des letzteren mit sich bringen[165]). Das OLG. Kiel hat die Lehre von der Unabhängigkeit dadurch durchbrochen, daß es erklärte, das Erfüllungsgeschäft sei nur der Schlußakt in der Erledigung des wirtschaftlichen Gesamtgeschäftes, und in der Erfüllung des unsittlichen Verpflichtungsgeschäftes durch das Erfüllungsgeschäft sei die Unsittlichkeit des letzteren begründet[166]). Da das Erfüllungsgeschäft nur ein Glied in der Kette von Handlungen sei, die zu dem widersittlichenEnderfolg führen[167]),und andererseits das Erfüllungsgeschäft als solches grundsätzlich den allgemeinen Grundsätzen des Geschäftsrechtes unterstellt sei[168]), müsse die Anwendung des § 138 auch auf dingliche Rechtsgeschäfte gefolgert werden[169]), zumal im anderen Falle den Parteien anheimgestellt sei, unsittlichen Rechtsgeschäften durch Erfüllung Rechtswirksamkeit zu verleihen[170]).

Diese Ansichten, die im wesentlichen — von kleinen Abweichungen einmal abgesehen — auf die regelmäßige Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäftes bei Unsittlichkeit des Grundgeschäftes hinauslaufen, finden neuerdings eine wirksame Unterstützung dadurch, daß unter Berufung auf das ns. Rechtsdenken die gleichzeitige Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäftes bei Unsittlichkeit des Grundgeschäftes gefordert wird.

Es wird geltend gemacht, die Trennung zwischen beiden sei eine künstliche, und habe neben dem Vertrauensschutz im bür-

---

163) RG. 81, 175.

164) Tuhr, Allg. Teil, III, S. 210 u. im Arch. f. ziv. Pr. 120, 1; Enneccerus § 178, II, 3; Planck § 138, 3b; Staudinger, Einl. z. III. Abs. Nr. 2 g Anm. 35 S. 487; RGRKomm. § 873; auf kleinere Unterschiede dieser Meinungen wird später noch einzugehen sein.

165) Rumpf, Arch. f. ziv. Pr. 117, 315.

166) LZ. 1920, 256.

167) Goez in JW. 22, 1192.

168) Heck, Sachenrecht § 30; Rumpf, a.a.O.

169) Heck a.aO.

170) Dernburg, All. Lehren, 3. Aufl., § 125, V.

gerlichen Recht keine Daseinsberechtigung mehr[171]), sie widerstreite aber auch in aller Regel dem Willen der Parteien, die das Erfüllungsgeschäft von der Rechtsbeständigkeit ihrer Verpflichtung abhängig machen wollen[172]), und sei — insbesondere unter Berücksichtigung der zum Teil absurden Ergebnisse, die in Verbindung mit § 817 erreicht werden, — zumindest fragwürdig[173]). Im übrigen sei das Erfüllungsgeschäft nur die Ausführung des Gesamtgeschäftes, dessen Vorbereitung das Verpflichtungsgeschäft sei[174]).

III. Diesen Ansichten ist vom ns. Rechtsdenken aus zuzustimmen. Wenn man auch nicht[175]) dem abstrakten Rechtsgeschäft die Daseinsberechtigung ganz absprechen kann, da diese Abstraktion für den rechtsgeschäftlichen Verkehr sonst noch eine Bedeutung haben kann[176]), so kann man Lange aber doch insoweit Recht geben, als es sich um die Frage der Nichtigkeit wegen Sittenverstoßes handelt, der im Verpflichtungsgeschäft begründet liegt. Zuzustimmen ist auch der Ansicht, daß zwischen den beiden Geschäften eine von den Parteien gewollte Abhängigkeit besteht[177]). Da die Leistung den verbotenen Zweck verwirklicht[178]), muß ns. Rechtsdenken fordern, daß die zur Erfüllung unsittlicher Grundgeschäfte vorgenommenen Leistungsgeschäfte ebenfalls wegen Verstoßes gegen die guten Sitten als nichtig betrachtet werden[179]).

IV. Es wäre aber denkbar, daß gegen diese vom ns. Rechtsdenken geforderte Abhängigkeit des Erfüllungsgeschäftes vom

---

171) Lange, in D.R. 1935, S. 485.

172) RGRKomm. § 125 Anm. 1 c; § 139 Anm. 2.

173) Larenz, Vertrag und Unrecht, 1. Teil, Vertrag u. Vertragsbruch § 11.

174) Hubernagel, Ns-Rechtsauffassung und Generalklauseln in NS-Handbuch 1935.

175) wie lange es will.

176) Worauf Heck Sachenrecht § 30, Nr. 10 mit Recht weist: „Nach der Anerkennung der Abhängigkeit bei Geschäftseinheit und der Anwendung des § 138 auf das Erfüllungsgeschäft ist gegen die Abstraktion als solche nichts mehr einzuwenden."

177) RGRKomm. Diese braucht aber nicht in der äußeren Form der Bedingung in die Erscheinung zu treten. Es spricht die Vermutung dafür, daß die Parteien nur leisten wollen, wenn sie auf Grund des Verpflichtungsgeschäftes zur Leistung gehalten sind. In diesem Falle bejaht Heck im Gegensatz zum RG. die Anwendung des § 139 auf das dingliche Rechtsgeschäft. Auf diese Frage braucht hier nicht eingegangen zu werden, da es sich nicht um die Frage, ob Abstraktion oder nicht, handelt, sondern nur darum, ob die Abstraktion auch bei Anwendung des § 138 gelten soll.

178) Hubernagel, a.a.O.

179) Darin liegt dann die von Küsters (S. 35) vermißte Sittenwidrigkeit des Inhalts.

Verpflichtungsgeschäft andere erhebliche Bedenken bestehen. Wir müssen daher die Gründe, die die herrschende Lehre für ihre Ansicht der notwendigen Abstraktion geltend macht, kritisch untersuchen.

1. Das RG. und die herrschende Lehre begründen die Unabhängigkeit mit dem Satz, daß „die Unsittlichkeit des Verpflichtungsgeschäftes die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäftes wegen dessen abstrakter Natur nicht zur Folge habe“[180]).

Dagegen läßt sich jedoch zweierlei einwenden:

a) Die Abstraktion des dinglichen Rechtsgeschäftes hat den Zweck, den Vorrang der Verkehrsinteressen vor den Abwehrinteressen wegen Nichteintritts des mit dem Vertrage bezweckten Erfolges herbeizuführen; sie besagt aber nichts über den Konflikt zwischen den Verkehrsinteressen und den Sittlichkeitsinteressen[181]). Es handelt sich hier um eine Begriffsvertauschung[182]). Die Sittlichkeitsinteressen stehen in jedem Falle über den Verkehrsinteressen[183]). Das ns. Recht kann der Verkehrssicherheit zuliebe aber keine Rechtsgeschäfte dulden, die gegen die guten Sitten verstoßen.

b) Die Abstraktion ist aber auch eine künstliche[184]), nur zu dem Zwecke vorgenommen, um das Erfüllungsgeschäft unabhängig zu gestalten[185]). Einmal davon abgesehen, daß diese Trennung dann keine Berechtigung mehr hat, wenn dadurch überwiegende sittliche Interessen berührt werden, so ist es auch ein innerer Widerspruch, wenn gesagt wird, die causa sei nur ausgeschieden worden, um die Gültigkeit des Leistungsgeschäftes von ihrem (der causa) Bestehen unabhängig zu machen[186]), und zu gleicher Zeit erklärt wird, diese Unabhängigkeit des Erfüllungsgeschäftes vom Verpflichtungsgeschäft ergebe sich aus dem Wesen der Abstraktion[187]). Küsters gibt selber zu, daß es sich bei der Abstraktion nur um eine Konstruktion handelt, durch die „ein an sich in wirtschaftlichem Sinne einheitliches Vermögensgeschäft in zwei scharf von einander abzugrenzende Teile zerlegt wird“[188]). Diese Trennung

180) RG. 145, 152; vergl. auch Küsters, der ebenfalls die Unabhängigkeit aus dem Wesen der Abstraktion folgert.
181) Heck, Sachenrecht, § 30, Nr. 9.
182) Heck, a.a.O.; Hildebrandt, in D.R. 1934, S. 353.
183) Heck, a.a.O.
184) Lange, a.a.O.
185) Küsters, a.a.O.
186) Küsters, S. 35.
187) Küsters, S. 46.
188) Küsters, S. 34.

kann das ns. Recht nicht dulden, wenn andere Interessen (hier die Sittlichkeitsinteressen) auf dem Spiele stehen.

2. Die Rechtsprechung und die herrschende Lehre stützen sich auf den Gedanken der Rechtssicherheit und erklären die Abstraktion als den einzigen wirklichen Garanten der Rechtssicherheit[189]), denn der Verkehrsschutz ziehe seine Kraft wesentlich aus dieser Abstraktion[190]).

Dagegen ist einzuwenden, daß der Schutz des Dritten seine Wirkung nicht aus der rechtstechnischen Figur des unabhängigen dinglichen Rechtsgeschäftes, sondern daraus zieht, daß in der Mehrzahl der Fälle der durch den Rechtsschein Ausgewiesene auch wirklich der Berechtigte ist[191]). Ferner ist hier — wie oben — einzuwenden, daß die Sittlichkeitsinteressen höher stehen als die Verkehrsinteressen[192]), die, wie auch der Gedanke des Gläubigerschutzes, ebenfalls unter dem Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken stehen und daher nicht die anderen Gesichtspunkte einfach verdrängen dürfen[193]).

3. Die Rechtssprechung und die herrschende Lehre stützen ihre Ansicht auf das Vorhandensein des § 817. Dieser Paragraph sei überflüssig, wenn das Erfüllungsgeschäft bereits nach § 138 nichtig sei. Zwischen § 138 und § 817 bestehe ein Widerspruch, der nur mit Hilfe der Abstraktion gelöst werden könne[194]).

Ob der Einwand, daß zwischen § 138 und § 817 ein echter Widerspruch vorliege und § 817 überflüssig sei, wenn die Erfüllungsgeschäfte bereits regelmäßig nach § 138 nichtig seien, richtig ist, mag dahingestellt bleiben[195]), die Folge, die daraus gezogen wird, ist sicher falsch. Wenn beide Paragraphen in einem echten Widerspruch stehen, so ist zunächst zu untersuchen, ob dieser Widerspruch nicht rein technischer Art ist[196]).

---

189) Doelle, in Schmollers Jahrb., 57. Jg. 2. Halbb., S. 649.

190) Doelle, in DJZ. 1934, 1016.

191) Lange, in D.R. 35, 485.

192) Heck. Siehe oben.

193) Siebert in D.R., 1935, S. 56; Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung 1934, S. 154. Larenz, Deutsches Rechtsempfinden und Rechtsphil. S. 13 ff.; Stoll, Bürgerl. Recht i. d. Zeitenwende, S. 17 u. 24; Lange, Liberalismus, S. 17.

194) Küsters, S. 40.

195) Obwohl allerdings Heck mit m. E. treffender Begründung dies widerlegt: Heck, Schuldrecht, § 142, Nr. 14.

196) Ich verweise auch hier auf Heck § 142 Nr. 14, der darlegt, daß die gleichzeitige Änderung des § 817 bei der durch den Entwurf II vorgenommenen Änderung des § 138 (früher: „Inhalt", heute auch Gesinnung) übersehen wurde.

Nimmt man aber doch einen inneren Widerspruch an, so muß man die beiden Paragraphen wertmäßig abwägen[197]). Bei dieser Abwägung wird man aber dem § 138 als der allgemeinen Sittlichkeitsnorm den Vorrang geben müssen. § 817 ist dann nur die Ausführung des durch § 138 aufgestellten Prinzips[198]). § 817 und § 138 dienen beide dem Zwecke, unsittliche Rechtsgeschäfte zu verhindern, man kann § 817 nicht dazu benutzen, die allgemeine Norm auszuscheiden. § 138 kennt keine Ausnahme und setzt der Parteiautonomie klare, eindeutige Grenzen[199]).

V. Die von der Rechtssprechung und Lehre bisher angeführten Gründe für die Beibehaltung der Unabhängigkeit auch bei Anwendung des § 138 haben sich den Sittlichkeitsinteressen gegenüber nicht als stichhaltig erwiesen. Und da ns. Rechtsdenken aus überwiegenden Gründen der Sittlichkeit die gleichzeitige Vernichtung auch des Erfüllungsgeschäftes fordert, wird man in aller Regel dem Erfüllungsgeschäft, das der Ausführung eines unsittlichen Grundgeschäftes dient, die Anerkennung versagen.

Ob man zu diesem Ergebnis über § 138 — wie die hier vertretene Ansicht es will, die in der Vornahme des Erfüllungsgeschäftes zur Ausführung des Verpflichtungsgeschäftes die Unsittlichkeit erblickt, — oder über § 139[200]) kommt, ist dann mehr eine Frage der Rechtstechnik[201]).

Bei Anwendung des § 139 wird man aber nicht zu sehr auf den Willen der Parteien allein abzustellen haben, sondern die Interessen des Gemeinwohls berücksichtigen müssen[202]).

Die mit der hier vertretenen Ansicht notwendig verbundene Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäftes führt jedoch nach der bisherigen Rechtsprechung des RG. in der Anwendung des § 817 noch nicht ohne weiteres zu viel annehmbareren Ergebnissen. Danach gibt man entweder den Parteien den dinglichen Rückgabeanspruch, oder man nimmt[203]) an, daß § 817 die Folgen der Unsittlichkeit regelt, also nur obligatorische Ansprüche

197) Rumpf, a.a.O.

198) Rumpf, a.a.O.

199) Heck, Schuldrecht, § 129 Nr. 9.

200) Wie Enneccerus-Nipperdey § 178, II, 3 und Planck § 138, Anm. 3 b es wollen.

201) Heck will ganz generell bei Geschäftseinheit die Abhängigkeit nach § 139 anerkennen, und bei Vorliegen der Voraussetzung des Sittenverstoßes beim Verfügungsgeschäft auch § 138 anwenden: Heck- Sachenrecht, § 30, Nr. 10.

202) Vgl. darüber unten § 12.

203) Mit Rumpf, a.a.O.

gibt. Im letzteren Fale wird dann bei Anwendung des in § 817 ausgesprochenen Grundsatzes „wer hat, der behält", der größere Gauner den größeren Vorteil davon tragen[204]). Darum erscheint es de lege ferenda keineswegs unangebracht, sondern als Ergänzung zu der Abhängigkeit geradezu gefordert, die wegen Unsittlichkeit zurückzuerstattenden Leistungen dem Staat verfallen zu lassen[205]). Es ist dabei gleich, ob es sich um dingliche oder obligatorische Ansprüche handelt, es muß aber auch gleich sein, ob beiderseitige oder einseitige Unsittlichkeit vorliegt, denn es ist nicht einzusehen, warum ein Vertragsgenosse aus der Unsittlichkeit des anderen einen Vorteil ziehen soll[206]).

IV.

§ 9: Die Sicherungsübereignung.

Nachdem wir die typischen Einzelfälle sittenwidriger Rechtsgeschäfte und die Frage der Abhängigkeit des Erfüllungsgeschäftes vom unsittlichen Verpflichtungsgeschäft behandelt haben, wenden wir uns einer im Gebiete der Wirtschaft bedeutungsvollen Rechtseinrichtung: der Sicherungsübereignung ohne Besitzübergabe zu. Da es sich hier nicht, wie bei den bisher behandelten Fragen, um ein den einzelnen Rechtsgeschäften anhaftendes Merkmal, sondern um eine Rechtseinrichtung selber handelt, wird die Behandlung eine andere sein müssen.

Zunächst muß kurz auf die Entwicklung dieser Einrichtung eingegangen werden. Nachdem das RG. die Übereignung durch constitutum possessorium grundsätzlich anerkannt hatte[207]), hat die Sicherungsübereignung, die in der Eigentumsübertragung ohne Änderung der Besitzverhältnisse besteht, in unserem Wirtschaftsleben eine überragende Stellung eingenommen. Gleichzeitig hat aber auch der Mißbrauch mit dieser Einrichtung zugenommen. Dieser bestand im wesentlichen entweder darin, daß der Gläubiger seinen Schuldner durch Übereignenlassen der letzten Habe in Verbindung mit sehr harten Bedingungen knebelte, oder daß der Sicherungsnehmer den anderen Gläubigern desselben Schuldners durch „Konkursverschleppung, Aussaugung, stille Teilhaberschaft, Kreditbetrug und

204) Lenel, in DJZ. 1907, S. 453.
205) Lange, a.a.O.; Doelle, a.a.O.
206) Doelle, a.a.O.; jedoch darf dies nicht zum Schaden des nicht unsittlichen Vertragsteiles geschehen.
207) RG. 57, 175; 49/170.

Gläubigergefährdung" Schaden zufügte[208]). Im ersteren Falle wurde der Sicherungsübereignungsvertrag gemäß § 138 I BGB. für nichtig erklärt[209]), im zweiten Falle konnte das Verhalten des sicherungsnehmenden Gläubigers eine Schadensersatzpflicht nach § 826 BGB. gegenüber den getäuschten anderen Gläubigern des Schuldners begründen[210]). — Tatsächlich aber werden meist beide Fälle zugleich vorliegen, indem nämlich der Knebelvertrag auch eine Täuschung darstellt[211]). Das RG. hat versucht, gegen diesen Mißbrauch wirksam vorzugehen und hat zunächst dem Gläubiger, der Sicherungen nehmen will, die Pflicht auferlegt, vorher die wirtschaftliche Lage des Schuldners[212]) zu prüfen und bei Verletzung dieser Pflicht die Nichtigkeit dieses Vertrages bejaht[213]). Später hat es dann die Prüfungspflicht nach Abschluß des Vertrages[214]) und die immer fortlaufende Prüfungspflicht des Sicherungsnehmers gefordert[215]). Dieser Ansicht hat sich die Lehre weitestgehend entgegengestellt[216]).

Der Nationalsozialismus kann an dieser für unser heutiges Wirtschaftsleben derart bedeutenden Einrichtung nicht achtlos vorübergehen, er muß sich mit ihr auseinandersetzen, insbesondere auch deshalb, weil in jüngster Zeit einige Gerichte zu der Frage der Sicherungsübereignung nach neuer Rechtsauffassung grundlegend Stellung genommen haben. Wir müssen untersuchen, wie ns. Rechtsdenken zu dieser Einrichtung steht; wir werden drei Fragen zu überlegen haben:

1. Ist die Sicherungsübereignung mit ns. Rechtsdenken vereinbar oder verstößt sie schon in sich gegen die guten Sitten?
2. Kann ns. Rechtsdenken die Sicherungsübereignung von unpfändbaren Gegenständen dulden?
3. Sind die bisherigen Formen und Anforderungen auch heute noch in gleichem Maße zu stellen, oder verlangt ns. Rechtsauffassung eine andere Betrachtungsweise?

---

208) Gottschalk in Arch. f. ziv. Pr., 138, 17.
209) RG. 143, 51.
210) RG. 136, 247 = JW. 32, 2522; 143, 48; Gottschalk in JW. 32, 1716.
211) RG. 143, 52.
212) Ob ihm noch genügend freies Vermögen bleibt.
213) RG. in JW. 31, 515.
214) RG. 136, 293.
215) RG. in JW. 31, 515.
216) Bauer-Mengelberg in JW. 32, 100 und 2701; Gottschalk a.a.O.; Armstroff in DJZ. 34, 901; der Ansicht des RG. stimmte zu: Hoeniger in JW. 31, 3060.

1.

a) Das LG. in Breslau hat in einer Entscheidung vom 18. 1. 1934[217]) der Sicherungsübereignung und der Berufung auf das ns. Recht „grundsätzlich die Anerkennung versagt", weil „sie regelmäßig gegen die Reinlichkeit und Redlichkeit des Geschäftsverkehrs verstoße". Eine Übereignung ohne gleichzeitige Besitzübergabe hat das Gericht als Grundlage für unehrliches Handeln abgelehnt.

b) Gegen diese Entscheidung, die aus dem nicht zu verkennenden Mißbrauch der Sicherungsübereignung eine Regel, eine innere, wesensmäßige Notwendigkeit macht, wird der Einwand erhoben, daß die Sicherungsübereignung für den überwiegenden Teil der Sicherungsgeber das letzte Mittel zur Kreditbeschaffung sei, da sie gerade die zur Sicherheit übereigneten Gegenstände zur Aufrechterhaltung und Weiterführung ihres Betriebes, zu dessen Weiterentwicklung und Aufrechterhaltung sie den Kredit aufnehmen, benötigen[218]). Solange also keine andere Form des Kreditwesens gefunden sei, könne auf die Sicherungsübereignung nicht verzichtet werden, da der Personalkredit heute nicht mehr ausreichend sei[219]).

c) Diesen Gründen ist — wenn sie auch überwiegend wirtschaftlicher Natur sind — zuzustimmen. Im übrigen hat der Gesetzgeber die Sicherungsübereignung für vereinbar mit der durch ihn vertretenen ns. Weltanschauung gehalten, denn er hat in § 6 der neuen Vergleichsordnung vom 26. 2. 1935[220]) die Sicherungsübereignung als ein in das Gläubiger- und Schuldnerverzeichnis aufzunehmendes Recht angesehen[221]).

2.

Wenn also die Sicherungsübereignung als solche heute grundsätzlich anzuerkennen ist, so erhebt sich doch die Frage, ob durch die Sicherungsübereignung auch solche Gegenstände übereignet werden können, die der staatlichen Zwangsvollstreckung entzogen sind.

a) Das Amtsgericht in Düsseldorf hat in einer Entscheidung vom 26. 9. 1933[222]) diese Frage eindeutig dahin verneint, daß es die Sicherungsübereignung insoweit als gegen die guten

217) DJ. 1935, S. 413.

218) Paetzold, in D. Just. 35, 413; Henneberg in D. Just. 34, 1440; Rohling in D. Gemein- und Wirtschaftsrecht 1935, S. 54.

219) Münzel in JW. 35, 1961.

220) RGBl. 1935, I, S. 322.

221) Roquette in JW. 36, 2840.

222) JW. 1933, 2930.

Sitten verstoßend und daher nichtig erklärt, als der Besitz dieser Sachen für den Schuldner unentbehrlich sei. Das Amtsgericht begründet seine Entscheidung damit, daß es den Sinn des § 811 ZPO. nicht in dem Erweis einer Wohltat für den Schuldner, sondern in erster Linie sozialpolitisch und zwar darin sieht, daß keiner durch Kahlpfändung auf den Stand wirtschaftlicher Mittellosigkeit herabgedrückt werden soll. Die Sicherungsübereignung solcher unentbehrlicher Gegenstände bringe aber eine weitere Verproletarisierung mit sich. Liefeldt sieht die Unsittlichkeit der Sicherungsübereignung unpfändbarer Gegenstände in der Gesetzesumgehung, da der Gläubiger zu seinem Vorteile ein gesetzlich verbotenes Ziel — das der Kahlpfändung — zu erreichen suche[223]). Er wendet gegen Henneberg, der die für den Schuldner unentbehrlichen Gebrauchsgegenstände meist für die einzige Kreditunterlage hält[224]), ein, es sei unmoralisch, wenn der Gläubiger mit einem armen Schuldner Geschäfte mache „nicht aus Vertrauen zu seiner Person, sondern auf dessen letzte Habe gestützt"[225]). Der Ansicht des Amtsgerichts Düsseldorf hat sich auch das OLG. Hamm in einem Beschluß vom 10. 1. 1935 angeschlossen und dem Herausgabeanspruch des Kreditgebers und Sicherungsnehmers die Einrede der allgemeinen Arglist entgegengesetzt, selbst dann, wenn die Gegenstände erst nachträglich unentbehrlich geworden sind[226]). Neuerdings hat dann Neuschäffer die Nichtigkeit der Sicherungsübereignung unpfändbarer Gegenstände als zumindest wünschenswert bezeichnet[227]).

b) Diese Ansichten werden von anderen, ebenfalls unter Berufung auf die ns. Rechtsanschauung abgelehnt. So erklärt Henneberg, daß die unentbehrlichen Gegenstände meist die letzte Habe des kreditsuchenden Schuldners seien und da dieser Zustand meist unverschuldet sich aus der allgemeinen Wirtschaftslage ergebe, könne man den in Not geratenen Schuldnern den Weg zum Aufstieg nicht abschneiden[228]). Das Landgericht Bochum begründet die Gültigkeitserklärung aus dem Sinn des Gesetzes und besonders der Unpfändbarkeitsvorschriften. § 811 wolle nur die Kahlpfändung gegen den Willen des Schuldners verhindern, keineswegs aber die Ware dem rechts-

223) in JW. 35, 1209.
224) D. Just. 1934, 1440.
225) Liefeldt, in JW. 35, 1209.
226) JW. 35, 2074.
227) Ztschr. d. Ak. f. DR. 1936, S. 633.
228) D. Just. 34, 1440.

geschäftlichen Verkehr entziehen[229]), und das LG. Stettin erklärt, daß die meist nur vorübergehende und mehr wie eine Verpfändung wirkende Sicherungsübereignung schon deswegen als zulässig erachtet werden müsse, weil die Veräußerung und Verpfändung unpfändbarer Gegenstände ganz allgemein als zulässig anerkannt werde[230]). In der Sicherungsübereignung, bei deren Abschluß der Schuldner weiß, daß er notfalls auf den Besitz der übereigneten Sache auch noch verzichten muß, liege die Erklärung der Entbehrlichkeit und auf diese Erklärung müsse sich der Gläubiger verlassen und der Schuldner dürfe das Risiko nicht auf den Gläubiger abwälzen. Gegen den sozialpolitischen Gesichtspunkt[231]) wendet das Gericht ein, daß der Realkredit bei der derzeitigen Wirtschaftslage die einzige Grundlage für Kredit sei, daß also der Personalkredit nicht ausreiche. Im übrigen aber weist das Gericht darauf hin, daß die Sicherungsübereignung oft nur als eine Art Verpflichtung, verbunden mit der Forderungsstundung, abgeschlossen sei.

c) Mit Recht wird gegen das Amtsgericht Düsseldorf eingewandt, daß es nicht weniger unsittlich sei, wenn der Schuldner sich ohne Sicherheit und ohne Rückzahlungsmöglichkeit vom Gläubiger Geld geben läßt, als wenn der Gläubiger sich zur Sicherung seiner Forderung die unpfändbaren Gegenstände des Schuldners übereignen läßt[232]), und gegen Liefeldt wird mit Recht eingewandt, daß der Staat die freiwillige Hergabe der unpfändbaren Gegenstände nicht unterbindet, daß er sogar den nachträglichen Verzicht auf den Schutz des § 811 für zulässig erklärt[233]).

Da die tatsächlich gegebene wirtschaftliche Lage es mit sich bringt, daß die unentbehrlichen Gegenstände vielfach die letzte Möglichkeit für die Beschaffung eines Kredites sind und unter Berücksichtigung, daß Sinn des § 811 ZPO. zwar die Verhinderung der Vernichtung des Schuldners, nicht aber die Entziehung der Verfügungsmacht[234]) ist, kann man die Sicherungsübereignung unpfändbarer Gegenstände nicht schlechthin als unsittlich und damit nichtig erklären, da sonst den ärmeren Volkskreisen die Möglichkeit, ihren Besitzstand zu erhalten oder zu erhöhen, genommen würde.

229) JW. 34, 2721.
230) JW. 36, 1087.
231) Den auch Liefeldt vertritt.
232) Roquette in JW. 36, 2840.
233) Ebenda.
234) LG. Berlin v. 24. 4. 36 in JW. 36, 2365.

3.

Nachdem wir grundsätzlich zur Bejahung der Sicherungsübereignung, auch wenn sie unpfändbare Sachen zum Gegenstande hat, gekommen sind, müssen wir untersuchen, wie die eingangs erwähnten Schattenseiten der heute unentbehrlich gewordenen Rechtseinrichtung beseitigt werden können. Der Nationalsozialismus verlangt als Volksbewegung, für die alles Recht Volksrecht ist, eine lebenswahre und darum verständliche Lösung der Rechtsfragen[235]). Mit einer noch so schönen Regelung[236]) ist nichts gewonnen, wenn die Kenntnis der einzelnen Bestimmungen jeweils ein Spezialstudium voraussetzt. Die anzustrebenden Regelungen, Änderungen und Anforderungen dürfen daher den Grundsatz der Einfachheit und Klarheit nicht außer Acht lassen, zumal, wenn man die allgemeine Verbreitung der Sicherungsübereignung denkt.

Wir haben erkannt, daß die Sicherungsübereignung — soviel Mißbräuchen sie auch ausgesetzt ist, die in der vergangenen Zeit derart überhandnahmen, daß man eher von einer Regel, denn einer Ausnahme sprechen konnte[237]) — nicht wesensmäßig in sich den Keim der Unsittlichkeit trägt, daß es daher nicht darauf ankommen kann, die Sicherungsübereignung mit ihrer unstreitig vorhandenen, sozialpolitisch wertvollen Aufgabe als solche unmöglich zu machen, sondern nur darauf, dem Mißbrauch wirksam entgegenzutreten[238]).

Die Hauptübel der heutigen Form der Sicherungsübereignung bestehen 1. in der mangelnden Publizität und der damit verbundenen Möglichkeit der Gläubigerschädigung, 2. in der Möglichkeit für den Schuldner, sich durch eine Sicherungsübereignung allen anderen Zwangsvollstreckungen zu entziehen[239]) und 3. in der Möglichkeit der Knebelung des Schuldners und der Verhinderung jeder anderen Zwangsvollstreckung.

Es wird also darauf ankommen, diese Fehler abzustellen.

A. An Vorschlägen hat es nicht gefehlt.

a) So wurde die Einführung des sogenannten Registerpfandrechtes vorgeschlagen[240]). Als Grund für die Einführung eines öffentlichen Registers, in dem alle Sicherungsübereignungen ein-

---

235) Staudinger-Riezler, 10. Aufl., 1936. Einleitung.

236) Im konstruktiv-juristischem Sinne.

237) Henneberg in D. Just. 34, 1440.

238) Roquette, a.a.O.

239) Rohling, Siehe Anm. 218 S. 39 dieser Arbeit.

240) Oertmann, in Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht 1935, S. 113; Henneberg, D. Just. 34, 1440; Eppig, in DJZ. 34, 717.

getragen werden müßten, führt man an, daß dadurch die Benachteiligung anderer Gläubiger ausgeschlossen werde. Gegen das geltend gemachte Bedenken, die Eintragung könne für den kreditsuchenden Unternehmer kreditschädigend wirken, wird eingewandt, daß Kredit Vertrauenssache ist und daß die auf öffentlichem Vertrauen aufgebaute Wiedergesundung der deutschen Wirtschaft wichtiger ist als die individualistischen Besorgnisse verschuldeter Geschäftsleute[241]), und ferner wendet Oertmann ein, daß durch die Einsichtnahme in das Register nur der schwache, kreditunwürdige Schuldner Schaden leiden könne[242]).

b) Rohling schlägt neben dem besitzlosen Pfandrecht die Einführung einer Unternehmerhypothek vor[243]). Jedes Unternehmen, das zur Sicherheit übereignen will, muß danach in ein Register eingetragen sein, und die Hypothek soll auf dem ganzen Unternehmen lasten.

B. a) Gegen den Plan des Registerpfandrechts wird eingewandt, daß die Einrichtung und die Eintragung in das Register für die Sicherungsübereignung wegen kleiner Forderungen zu umständlich und zu kostspielig ist[244]). Statt dessen soll das Registerpfandrecht bei kleinen Forderungen durch die vertragliche Verpfändung unter Mitwirkung des Gerichtsvollziehers ersetzt werden[245]). Auf diese Weise glaubt man auf das Register verzichten zu können, da der Gerichtsvollzieher ja wisse, was der Schuldner übereignet habe[246]). Ferner wird gegen den Registerpfandrechtsvorschlag mit Recht eingewandt, daß in den meisten Fällen, infolge der Veränderlichkeit des Bestandes[247]) die Gefahr der Täuschung bzw. der Zwangsvollstreckungsvereitelung durch den Schuldner nach wie vor gegeben ist[248]).

b) Gegen den Vorschlag, eine Unternehmerhypothek einzu-

---

241) Eppig, a.a.O.

242) Oertmann, a.a.O., S. 116.

243) In NS.-Handbuch, S. 1119.

244) Rohling, a.a.O., S. 59.

245) Münzel, in JW. 35, 1961.

246) Was aber geschieht, wenn der Schuldner seinen Wohnsitz öfter wechselte? Soll der Gerichtsvollzieher die unter seiner Mitwirkung vorgenommene Sicherungsübereignung jeweils an den Wohnsitz des Schuldners mitteilen? Das entfällt doch aus praktischen Erwägungen und damit auch Münzels Vorschlag.

247) Im Gegensatz zum Grundbuch. — Der Neueintritt von Waren deckt gerade in den Fällen der Sicherungsübereignung nicht die wertmäßige Menge d. abwandernden Waren.

248) Rohling, a.a.O., S. 59.

führen, ist folgendes einzuwenden: Dann müßte — wie Rohling selber sagt — das Register öffentlichen Glauben genießen und das Unternehmen wie eine Liegenschaft behandelt werden. Die Vorschlag entfällt wegen seiner praktischen Undurchführbarkeit und ist im übrigen nur eine Spielart der bisherigen Verpfändungsform mit dinglicher Sicherung und berührt die hier zu erörternde Frage des besitzlosen Pfandrechtes nicht.

C. Es erscheinen daher — auch wenn man den Gedanken des Registers nicht ganz ablehnt — doch alle die Vorschläge der wirklichen Rechts- und Sachlage gerechter, die von der Tatsache ausgehen, daß die Sicherungsübereignung „mit dem Wesen des Eigentums als der vollen Sachherrschaft schlechterdings nichts mehr zu tun hat“[249]) und die daher an der Änderung der vom RG. bisher in ständiger Rechtsprechung vertretenen These, daß die Sicherungsübereignung ein „die Veräußerung hinderndes Recht“ sei (ZPO. § 771), ansetzen und fordern, daß der Inhalt über die Form gestellt werde[250]). Dies besagt, daß die Sicherungsübereignung nur als das aufgefaßt werden soll, was sie wirklich ist: ein Pfandrecht zur Sicherung eines Anspruches.

Der Reichsfinanzhof hat in seinem Gutachten vom 8. 6. 1926 das Wesen der Sicherungsübereignung „nur als eine verschleierte Pfandbestellung“[251]) bezeichnet und hat daher dem Sicherungsnehmer nicht ein die Veräußerung hinderndes Recht, sondern nur die Stellung eines Pfandgläubigers[252]) gegeben[253]). Das RG. hat sich dieser Ansicht des RFH. nicht angeschlossen, wenigstens nicht für die Sicherungsübereignung im allgemeinen, wohl aber hat das RG. die vom RFH. gewonnene Lösung für den Fall des Konkurses anerkannt[254]). Es hat die vom Kridar zur Sicherheit übereigneten Gegenstände im Konkursfalle des Schuldners als ihm gehörig und damit zur Konkursmasse erklärt.

Es besteht aber kein praktischer und kein „durchschlagender rechtlicher Grund“, die Sicherungsübereignung innerhalb und außerhalb des Konkurses verschiedenartig zu behandeln[255]).

---

249) Schwister in DJZ. 34, 14.

250) Rohling, a.a.O., S. 58.

251) Sammlung der Entsch. und Gutachten des R. Fin. Hofes, Bd. 19, Nr. 45.

252) Also mit dem Recht, die Vorwegbefriedigung aus dem Erlöse gemäß § 805, ZPO. zu verlangen.

253) Caspari, in JW. 35,, 674.

254) RG. 91, 12; 91, 277; 94, 307.

255) Schwister in DJZ. 34, 17. Druckfehler auf Seite 17 muß zwischen

Bei der gerichtlichen Geltendmachung der Sicherungsübereignung muß es ebenso zu einer endgültigen Lösung kommen wie beim Konkurse, und die andersartige Regelung im Konkurse kann auch nicht dadurch gerechtfertigt werden, daß der Konkursverwalter, da er auch den Schuldner vertritt, dem Gläubiger gegenüber die Einwendung machen kann, die Sicherungsübereignung gebe nur einen obligatorischen Anspruch, während bei der Einzelvollstreckung der Sicherungsnehmer nur dem pfändenden Gläubiger entgegentrete, der nicht die Rechte des Schuldners habe. Ob man für die analoge Anwendung des § 805 ZPO. auf die Sicherungsübereignung ist[256]), oder ob man zu diesem Ergebnis über den § 857 ZPO.[257]) kommen will[258]), der Sicherungseigentümer hat in jedem Falle nur das Recht, sich aus dem Versteigerungserlöse vorweg zu befriedigen.

Zeckwer erklärt, die Ansicht des RG., daß das Sicherungseigentum ein Widerspruchsrecht gebe, ergebe sich aus der Trennung des dinglichen vom obligatorischen Rechtsgeschäft[259]). Da diese aber[260]) dann keine Bedeutung mehr hat, wenn es sich um höhere Interessen handelt, ist dieser Schluß hier unberechtigt. Im übrigen kann gegen die Ansicht des RG., daß für die Steuerpraxis die in § 771 ZPO. entwickelten Grundsätze für das Widerspruchsrecht gelten und mithin auch die Sicherungsübereignung ein solches Widerspruchsrecht gäbe, einer Ansicht, der Zeckwer unter Berufung auf den Wortlaut des Steueranpassungsgesetzes vom 16. 10. 1934 und der Rechtsprechung verschiedener Gerichte und unter Ablehnung des Gutachtens des RFH. zustimmt, mit Recht eingewandt werden, daß — wenn auch formal gesehen eine Eigentumsübertragung vorliegt — inhaltlich eine solche nicht vorliegt, sondern nur eine Verpfändung, mithin die Grundsätze des § 771 ZPO. hinsichtlich der Auslegung des „die Veräußerung hindernden Rechtes" auf diese Form keine Anwendung finden können. Die Sicherungsübereignung kann daher auch nur die Wirkung eines

---

„tun" und „auch" das Wort „nicht" ergänzt werden. Dankelmann in DJZ. 34, 446.

256) Schwister, a.a.O.

257) Einweisung in die Rechte des Schuldners u. damit Erlangung der Stellung wie des Konkursverwalters, dem gegenüber der Sicherungseigentümer sich nicht auf das Eigentum berufen kann, sondern sich obligatorisch so behandeln lassen muß, als ob er nur ein Pfandrecht habe.

258) Dankelmann, a.a.O.

259) In D. Gemein- u. Wirtschaftsr. 1935, S. 89.

260) Wie wir oben, § 8, IV, 1a und b, sahen.

Pfandrechtes haben[261]). Der Sicherungseigentümer hat mithin nur das Recht der Vorwegbefriedigung aus § 805 ZPO.

Dem kann man nicht damit begegnen, daß man erklärt, „mit der Sicherungsübereignung sei eine, wenn auch dem gleichen wirtschaftlichen Zwecke wie das Pfandrecht dienende, aber doch von ihm wesentlich verschiedene Rechtsform anerkannt"[262]), denn dieses hieße die rechtliche Form über den Inhalt, der durch den „wirtschaftlichen Zweck" bestimmt wird, stellen. Auch kann man gegen diese Lösung nicht einwenden, der Sicherungseigentümer habe an den übereigneten Gegenständen mittelbaren Besitz, daher sei § 805 nicht anwendbar[263]), denn § 805 ZPO. versteht unter „Besitz" wenn auch nicht unbedingt den unmittelbaren Besitz, so doch zumindest die direkte Zugriffsmöglichkeit und schließt die Besitzausübung durch den übereigneten Schuldner bei der Sicherungsübereignung den mittelbaren Besitz aus[264]).

Diese Regelung, durch die die Rechte des pfändenden Gläubigers auf Anfechtung des Sicherungsübereignungsvertrages wegen zum Schadensersatz oder zur Nichtigkeit führenden Verhaltens des Sicherungsnehmers unberührt bleiben[265]), hat den Vorteil, daß der Schuldner durch die Sicherungsübereignung an einen Strohmann nicht jede andere Zwangsvollstreckung verhindern kann. Weiterhin ist die Gefahr beseitigt, daß der Gläubiger wegen einer relativ geringen Forderung der Verwertung von Gegenständen, die in keinem Verhältnis dazu stehen, ja ganzen Lagerbeständen, widersprechen kann. Der gegen die Bewertung der Sicherungsübereignung als nur eines Pfandrechtes gemachte Einwand, die Sicherungsübereignung würde dann an Bedeutung erheblich verlieren und ihre Aufgabe nicht mehr erfüllen, da sie nicht mehr genügende Sicherheit böte[266]), kann heute keine Berücksichtigung mehr finden, denn abge-

---

261) Anm.: Die Trennung Zeckwers, daß „der Sicherungsgeber als steuerrechtlicher Eigentümer steuerpflichtig sei, der „Sicherungsnehmer" als bürgerlich-rechtlicher Eigentümer" widerspruchsberechtigt sei, (a.a.O., S. 91) kennzeichnet die Unhaltbarkeit der Konstruktion vom Eigentumsrecht des Sicherungsnehmers. Entweder ist Sicherungsgeber oder -nehmer Eigentümer, dann aber steuerrechtlich wie bürgerlich-rechtlich, denn einen Unterschied oder gar Gegensatz zwischen privatem oder öff. Recht kann es heute nicht mehr geben.

262) Jonas, ZPO. Komm. § 771 II, 1a.

263) Baumbach; Jonas.

264) Sydow-Busch-Krantz, Anm. 2 zu § 805 ZPO.

265) Dankelmann, a.a.O.

266) Frieseck, in JW. 26, 537 und 2124.

sehen davon, daß nicht einzusehen ist, warum der Gläubiger, der vorweg befriedigt wird, nicht eine seiner Leistung entsprechende Sicherheit hat, kann die Zurückführung der Sicherungsübereignung auf ein angemessenes Maß nur wünschenswert erscheinen. Der noch bestehenbleibenden Möglichkeit, daß der Schuldner seine Habe mehrfach zur Sicherung übereignet, und daß damit mehrere Gläubiger die Vorwegbefriedigung aus dem Erlöse derselben Sache verlangen könnten, müßte man durch die Einführung des Pfändungsprotokolls vor dem Notar am Wohnsitz des Schuldners vorbeugen, jeder, der ein nachweislich berechtigtes Interesse an dem Einblick in die Lage des Schuldners hat, kann beim Notar am Wohnsitze des Schuldners Auskunft über bereits erfolgte Sicherungsübereignungen haben[267]). Dadurch würde die Täuschung, die darin zu erblicken ist, daß der Schuldner nach außen hin als uneingeschränkter Eigentümer der bereits übereigneten Gegenstände auftritt, während ihm in Wirklichkeit vielleicht nichts mehr zu eigen gehört, unmöglich gemacht. Die Möglichkeit der Zwangsvollstreckungsvereitelung durch Sicherungsübereignung an einen Strohmann und die Verwertungsmöglichkeit großer Warenbestände durch Sicherungsübereignung wegen einer verhältnismäßig geringen Forderung zu verhindern, wäre durch die Erklärung der Sicherungsübereignung als eines Pfandrechtes ausgeschlossen.

Bei diesen ganzen Betrachtungen ist jedoch vorausgesetzt, daß hilfsweise an den bisher für die Nichtigkeit und die Begründung der Schadensersatzpflicht geltenden Grundsätzen festzuhalten ist. Danach ist insbesondere jede Sicherungsübereignung sittenwidrig und gemäß § 138 nichtig, wenn sie den Schuldner außer Stand setzt, seine anderen Gläubiger zu befriedigen und dies den Beteiligten bekannt war. In subjektiver Hinsicht genügt die aus grober Fahrlässigkeit entstandene Nichtkenntnis der Vermögensverhältnisse des Schuldners[269])[270]).

---

267) So Münzel und Rohling, der jedoch vor allem eine Begrenzung der Zeitdauer der Verpfändung und der Höhe der Verpfändung fordert. S. 74/75. Man könnte daran denken, jede Sicherungsübereignung nach Ablauf eines Jahres unwirksam werden zu lassen, falls sie nicht erneuert wird.

268) RG. 118, 361.

269) RG. 136, 298; RG. 143, 48.

270) Im übrigen zeigen diese ganzen Erörterungen, daß die Frage der Sicherungsübereignung stets im Zusammenhang mit den Gesamtwirtschaftsproblemen angefaßt werden muß.

C. Bedeutung, innerer Tatbestand und Folgen des § 138 BGB.

Nach der Behandlung einzelner typischer Fälle sittenwidriger Rechtsgeschäfte müssen wir uns noch der Behandlung einiger allgemeiner Fragen zuwenden und nach Bedeutung, innerem Tatbestand und Folgen des § 138 BGB. fragen.

§ 10: Der erzieherische Wert des § 138.

Es wird die Ansicht vertreten, Sinn des § 138 sei, „Schutz der Allgemeinheit wie des Einzelnen als Glied der Gemeinschaft vor einer an sich nicht zu billigenden Handlung“[1]). Jedoch sagt dies nur etwas über die eine Seite des § 138. Zwischen Recht und Rechtsordnung besteht eine Wechselbeziehung, aus der sich die beiden Funktionen des § 138 ergeben: einerseits ist die Norm Ausdruck der herrschenden Anschauung, anderseits übt ein von idealen Grundsätzen getragenes Rechtssystem einen gewissen Einfluß auf das Volksempfinden aus[2]). § 138 hat daher sowohl eine Sozialfunktion, als auch eine Individualfunktion. Die erstere besteht in der Sicherung und Reinerhaltung des Volkslebens, sie schützt den Einzelnen und die Gemeinschaft vor an sich nicht zu billigenden Handlungen. Die letztere[3]) besteht in der Erziehung des Einzelnen zu persönlicher Sittlichkeit, denn das Gesetz ist das beste „Führungsmittel“[4]). Der erzieherische Charakter des Rechts im ns. Rechte kann nicht mehr bezweifelt werden[5]).

Für diesen erzieherischen Wert des Rechts und insbesondere des § 138 sind zwei neuere Entscheidungen eine Bestätigung[6]). Das KG. hat in seiner Entscheidung vom 29. 11. 33 den im übrigen nach Schweizer Recht zu beurteilenden Vertrag (Fall der Kapitalflucht) auch nach deutschem Recht für sittenwidrig erklärt, weil die Gültigkeitserklärung eines solchen Vertrages „sich geradezu als Anreiz zu gleichartigen Verstößen darstel-

1) Süss, D. Rechtswiss. 1936, S. 359.
2) Stuckart: NS.-Rechtserziehung.
3) die Süss zu übersehen scheint.
4) Lange, Vom Gesetzesstaat zum Rechtstaat in „Recht u. Staat in Gesch. u. Gegenw.“, Bd. 114, S. 25.
5) So auch Witzmann, a.a.O.
6) Vgl. oben § 2, II, III.

len“ würde[7]), und das OLG. Düsseldorf erklärt die „gegen einen befreundeten Staat begangene Zollhinterziehung umsomehr als sittenwidrig“, als „anzunehmen ist, daß die Parteien bei geeigneter Gelegenheit derartige Verträge ebenso leicht zur Umgehung deutscher Gesetze abschließen würden“[8]).

§ 11: Innerer Tatbestand des § 138 und seine Folgen.

Soll § 138 diesen erzieherischen Aufgaben dienen, so wird man fordern müssen, daß der Handelnde — wenn er auch nicht das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit seines Handelns zur Begründung der Nichtigkeit zu haben braucht — doch wenigstens alle die Umstände kennen muß, die das Rechtsgeschäft zu einem unsittlichen machen und dies umsomehr, als die Folge der Nichtigkeitserklärung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten eine Wertung ist[9]). Die Lehrmeinung, die die Wertung ablehnt, stützt sich für die Begründung ihrer Ansicht im wesentlichen auf zwei Argumente. Zunächst verweist sie auf die Grundsätze bei Anwendung des § 134 BGB., die die Kenntnis der gesetzlichen Regelung nicht erfordert, um das Rechtsgeschäft nichtig zu machen. Dieser Gesichtspunkt kann aber hier deswegen keine Anwendung finden, weil die Erklärung, daß ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten, also gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt, den einzelnen viel mehr belastet, als der Verstoß gegen eine gesetzliche Norm, die möglicherweise nur formalen Charakter hat. In der Erklärung der Sittenwidrigkeit liegt eben „nach gesundem Volksempfinden“ eine Wertung des Teiles, der den Vorteil aus dem nichtigen Rechtsgeschäft zu ziehen hoffte[10]). Das zweite Argument ist, daß die vom RG. — zuletzt noch in RG. 150, 1 — vertretene Ansicht inkonsequent und widerspruchsvoll sei, weil sie einerseits von Wertung spreche, anderseits aber das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit nicht fordere. Darin ist ein Widerspruch nicht

---

7) KG. in JW. 34, 436.

8) OLG. Düsseldorf in DRZ 1935, Nr. 193.

9) Wer die in der Nichtigkeitserklärung liegende Wertung verneint, für den ist die Kenntnis der Umstände nicht erforderlich. Nach dieser Meinung soll die Kenntnis der Umstände — ebenso wie anerkanntermaßen das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit nicht erfordert ist — belanglos und nicht erforderlich sein, da die Nichtigkeitserklärung unabhängig von einer Wertung erfolge (Süss, a.a.O., S. 359; Kipp, a.a.O.). Jedoch sind die für diese Ansichten angegebenen Gründe nicht stichhaltig.

10) RG. 150, 1; Lange, Schuldrecht, S. 53.

zu erblicken, denn, wer alle Umstände, die zur Sittenwidrigkeit führen, kennt, sich aber trotzdem der Sittenwidrigkeit seines Handelns nicht bewußt ist, kann sich über eine Wertung nicht beschweren, denn „es muß von jedermann erwartet werden, daß in sein Bewußtsein übergegangen ist, was den guten Sitten entspricht“[11]). Es ist daher grundsätzlich daran festzuhalten, daß der Handelnde die Umstände, die zur Sittenwidrigkeit führen, kennen muß. Daß derjenige, der sich grob fahrlässig oder gar böswillig der Erkenntnis dieser Umstände verschließt, genau so behandelt wird wie der, der die Kenntnis hat, erscheint nach neuer Rechtsauffassung recht, denn es kommt auf die Prüfung der Gesamtumstände an[12]).

11) Stoll in Arch. f. ziv. Pr. 1936, S. 338. — Man denkt hier an die Parallele im Strafrecht, wo nicht die Kenntnis der Strafbarkeit, sondern nur der Umstände, die sie begründen, erfordert ist. Dafür, daß für die Anwendung des § 138, der den Verstoß gegen die guten Sitten ahndet, strafrechtsähnliche Gedankengänge keine Anwendung finden dürfen, hat Süss, der diese letztere Behauptung aufstellt, keinerlei zwingende Gründe angeführt.

12) Vgl. Stoll, a.a.O., RG. 150, 1; Siebert, D. Rechtswiss. 1936, S. 204.

Anhang.

§ 12: Die notwendige Ergänzung des § 138 durch erweiterte Auslegung des § 139 BGB.

Die Forderung ns. Rechtes, nicht nur Vernichtung des Sittenverbotenen, sondern auch Verwirklichung des Sittengebotenen zu sein[1]), verlangt eine grundlegende Änderung in der Anwendung des § 139 BGB.[2]).

I. Unser Gesetzbuch und mit ihm die Rechtssprechung und die herrschende Lehre stehen in der Anwendung des § 138 BGB. grundsätzlich auf dem Standpunkt des „Alles oder Nichts"[3]). Sie unterstellen die Wirksamkeit eines Vertrages, auch wenn nur ein Teil oder nur eine Nebenabrede den guten Sitten widerspricht, einzig dem Willen der Parteien und erklären den ganzen Vertrag für nichtig, wenn die Parteien ihn ohne den unsittlichen Teil nicht abgeschlossen haben würden[4]). Die Partei kann dem sich auf die Vollnichtigkeit nach § 139 berufenen Gegner nicht die exceptio doli entgegensetzen[5]), es sei denn, daß der Gegner bereits seine Leistung erhielt und sich durch die Berufung auf § 139 seiner eigenen Verpflichtung zur Leistung entziehen will[5a]), oder daß der nichtige Teil nur der einen Partei zugute kommen sollte, die Geltendmachung der Vollnichtigkeit sich also als arglistig darstellen würde[6]).

II. Diese beiden Fälle der exceptio, deren Berechtigung nicht verkannt werden soll, können aber nach ns. Rechtsempfinden nicht ausreichen.

Die Partei, zu deren Gunsten die unsittliche Klausel gelten sollte, wird sich in aller Regel für die Nichtigkeit des ganzen

1) Lange, Schuldrecht S. 52.

2) Es kann im Rahmen dieser Arbeit nicht auf die Voraussetzungen und Folgen des § 139 im einzelnen eingegangen weredn, sondern nur soweit, als es das Problem des sittenwidrigen Rechtsgeschäftes berührt.

3) Lange a.a.O.

4) § 139 BGB.; RGRKomm. Anm. 1; RG. 76, 78; 104, 222; Siller in Arch. f. ziv. Pr. Bd. 138, S. 144; Herzog, a.a.O. — Der Vertrag wird sogar dann als vollnichtig erklärt, wenn die Partei, zu deren Gunsten die unsittliche Klausel galt, auf diese verzichtet und den Vertrag im übrigen aufrechterhalten will. (Staudinger-Riezler § 139, RGR.Komm. § 139, Anm. 1.

5) RG. 91, 361; RGR.Komm. 139 Anm. 1.

5a) RG. 71, 435; 91, 361; RGRKomm.

6) RG. 86, 323; RG. in JW. 26, 1144; Enneccerus Bd. 1 § 189 Anm. 24.

Vertrages einsetzen, wenn diese Klausel wegen Sittenwidrigkeit nicht mehr gelten soll. Sie wird dies tun, obwohl der Gegner oder die Gemeinschaft ein berechtigtes Interesse an der Aufrechterhaltung des sittengemäßen Teiles des Rechtsgeschäftes hat. Der Wille der Parteien, insbesondere der unsittlichen Partei, kann aber heute nicht mehr die ausschlaggebende Bedeutung haben, die ihm bisher zugelegt wurde, maßgebend ist heute nicht mehr der wirkliche oder hypothetische Wille der Parteien, sondern einzig und allein, „ob die Aufrechterhaltung[7]) im Sinne völkischer Ordnung ist“[8]). Ist dies zu bejahen, dann muß der Vertrag — auch gegen den Willen der Parteien — aufrechterhalten bezw. vernichtet werden.

III. Es sind bereits mehrere Wege eingeschlagen worden, um die Vollnichtigkeit, die in der Regel infolge des § 139 bei Unsittlichkeit einer Nebeneinrede eintritt, durch eine „quantitative Teilnichtigkeit“ zu ersetzen. Jedoch erscheinen diese Wege für das heutige Recht nicht gangbar, da sie nicht das Wesen der Sache treffen.

1. Eine Meinung erklärt einen Vertrag mit übermäßig langer Bindung nach dem römisch-rechtlichen Satz „utile non debet per inutile vitiari“ nicht für ganz nichtig, sondern erst von dem Überschreiten der noch angemessenen Zeitgrenze für sittenwidrig und daher nichtig[9]), da der Vertrag nur „insoweit nichtig sei, als er gegen die guten Sitten verstößt“[10]). Diesen Gedanken hat Herzog[11]) ausgebaut und jeden Vertrag in zwei Abreden, die Grundabrede[12]) und die Ergänzungsabrede[13]), zerlegt. Es soll primär nur die Ergänzungsabrede nichtig sein[14]). Herzog sieht aber in der Ergänzungsabrede — mit Recht — einen Teil des Rechtsgeschäftes, und da er wie die herrschende Lehre auf dem Standpunkt der unbedingten Maßgeblichkeit des Parteiwillens steht, kommt er doch in aller Regel zur Vollnichtigkeit und nur dann zur Teilnichtigkeit, wenn die Parteien auch ohne die Ergänzungsabrede abgeschlossen haben würden. Dann soll diese Abrede gemäß §§ 315/316 BGB. ergänzt werden. Mit dieser

7) und damit auch die Vernichtung.

8) Larenz, in D.R. 1935, 488.

9) Tuhr, allg. Teil, I § 151 S. 185; Warn.Komm. 2. Aufl., Bd. I, S. 265; Windscheid, Pandekten Bd. 1 § 82 Nr. 12; Nipperdey in JW. 27, 119; Staudinger-Riezler § 139.

10) Nipperdey, a.a.O.

11) quantitative Teilnichtigkeit. Diss. Göttingen 1926.

12) Daß z. B. eine Dauer oder ein Entgelt vereinbart ist.

13) Wie lange der Vertrag gelten und wie hoch das Entgelt sein soll.

14) Herzog, S. 57.

Zerlegung ist aber an sich noch nichts gewonnen, denn einmal davon abgesehen, daß seine Fiktion, die Parteien hätten vielleicht auch ohne die Zeitdauer oder Höhe des Entgeltes festzusetzen, abgeschlossen, sehr gewagt erscheint und in aller Regel nicht haltbar ist[15]), so ist für ihn der Wille der Parteien der oberste Grundsatz für die Frage der Nichtigkeit.

2. Das RG. hat seine starre Ansicht von der Vollnichtigkeit des Vertrages in vielen Fällen durchbrochen und die Teilnichtigkeit dadurch herbeizuführen versucht, daß es die Frage stellte, „ob der die Willenserklärung Abgebende auch dann dabei stehen geblieben wäre, wenn er die rechtliche Unwirksamkeit eines Teiles gekannt hätte“[16]). So hat das RG. die Anwendung des § 139 auf einen mit einer nichtigen Pfandbestellung versehenen Darlehensvertrag auch deshalb verneint, weil anzunehmen sei, daß die „Parteien“ den Darlehensvertrag auch ohne Rücksicht auf die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Pfandbestellung gewollt haben, da andernfalls der Gläubiger statt des Rückzahlungsanspruches aus dem Realvertrag nur einen Bereicherungsanspruch habe[18]). Auch das RG. stellt es hier auf den Willen der Parteien ab. Mag die Beantwortung der Frage nach dem angeblichen Willen der Parteien in dem gegebenen Falle auch richtig sein, so hätte das RG. nach seiner sonstigen Rechtsprechung jedoch nicht fragen dürfen, was die Parteien heute gelten lassen wollen, sondern es hätte folgerichtig fragen müssen, was die Parteien beim Vertragsabschluß wollten, und hätte dann zu dem Ergebnis kommen müssen, daß die Parteien den Realvertrag nicht ohne die Pfandbestellung vornehmen wollten.

3. Eine neuere Meinung will dem Richter die Möglichkeit geben, gestaltend in das Rechtsverhältnis einzugreifen. Schon 1907 hat Marcus[19]) das grundsätzliche Ermäßigungsrecht des Richters aus § 343 BGB. entnommen. Neuerdings wird nun vorgeschlagen, „den durch Parteiabreden gegen die Volksauffassung Sündigenden so zu behandeln, als hätte er sich im Sinne der Gemeinschaft verhalten“[20]), oder zu unterstellen, „daß der Begünstigte das Pflichtbewußtsein gehabt hätte, den Vertrag auch ohne diese Klausel abzuschließen“[21]).

---

15) Er will ja den Willen der Parteien erkundigen.
16) RG. 86, 323; 118, 218.
17) Neben der Verneinung der Einheit zwischen beiden Verträgen.
18) RG. 86, 323.
19) in DJZ. 1907, 952.
20) Wacke, in Ak. f. D.R. 1936, S. 110.
21) Roth in JW. 36, 2897.

IV. Diese Wege, zur quantitativen Teilnichtigkeit zu gelangen, erscheinen mir nicht in jedem Falle empfehlenswert und zwar dann nicht, wenn die Frage der Gültigkeit des Vertrages nicht unmittelbare Bedeutung für die Gemeinschaft als solche hat.

Wenn der Teil, zu dessen Gunsten die unsittliche Abrede galt, von vornherein weiß, daß er schlimmstenfalls nur die Berufung auf diese Klausel oder Abrede verliert, im übrigen aber die anderen Vorteile des Vertrages behalten kann[22]), so kann er die Aufnahme einer unsittlichen Klausel ohne größere Gefahr versuchen und wird daher auch eher dazu greifen, sich noch besondere Vorteile versprechen zu lassen, als wenn er sich der Gefahr aussetzt, auch die anderen Vorteile des Vertrages zu verlieren. Daher erscheint es praktischer und[23]) dem Wesen der Bestimmung des § 138 gemäßer zu sein, dem geschützten Teil ein Wahlrecht einzuräumen, nach dem er innerhalb einer bestimmten Frist erklären muß, ob er den ganzen Vertrag vernichten will oder unter Aufrechterhaltung des sittengemäßen Teiles nur die unsittliche Klausel wegfallen soll. Zu dieser letzten Möglichkeit kann der geschützte Teil gegen die Berufung des Gegners auf § 139 die Einrede geltend machen, daß die Berufung auf die Vollnichtigkeit nach § 139 selber gegen die guten Sitten verstoße[24]).

Diese Einrede, die in den meisten Fällen genügen wird, reicht aber dann nicht aus, wenn die Gemeinschaft an der Aufrechterhaltung oder Vernichtung des Vertragsrestes ein berechtigtes Interesse hat. In diesen Fällen ist[25]) dem Richter die Möglichkeit zu geben, den Vertrag in einen der Gemeinschaft gemäßen umzugestalten. Aufgabe des Rechts ist nicht nur die Erhaltung, sondern auch die Gestaltung, also „nicht volle Nichtigkeit oder volle Aufrechterhaltung kann das Ziel sein, sondern allein die Umgestaltung des Unerträglichen zum Angemessenen“[26]). Das Recht des Einzelnen endet dort, wo das Recht der Gemeinschaft beginnt[27]). Zu einer ähnlichen Lösung ist Schmidt-Ernst-

22) wie es ja nach den oben angeführten Meinungen der Fall ist.

23) Mit Rücksicht auf den erzieherischen Wert und Charakter unseres Rechtes und insbesondere der Vorschrift des § 138.

24) Die Einrede würde Larenz nicht etwa ein Gegenrecht gegen ein an sich bestehendes Recht, sondern „eine konkrete Begrenzung der Gestaltung des Rechtes, dessen Vornahme und Geltendmachung dem Verpflichteten vorbehalten ist“, nennen. (Larenz, Vertrag und Unrecht; Roquette in JW. 36. 3108.)

25) Mit Wacke und Roth, siehe oben III, 3.

26) Lange, Liberalismus, S. 10.

27) Bernhard in D.R. 1933, 70; Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung 1934, S. 152.

hausen[28]) gekommen, indem er, da nur die Geltendmachung dieser Klausel mißbilligt würde, der Berufung auf die unsittliche Freizeichnungsklausel mit der Einrede[29]) begegnet. Was aber für die Klausel im Vertrage gilt, muß auch für eine gesetzliche Vorschrift gelten, wenn sie den mißbilligten Zweck auf dem Umwege zu erreichen sucht, denn, wenn sich jemand durch Ausübung seines angeblichen subjektiven Rechtes mit dem Recht der Gemeinschaft in Widerspruch setzt und unter Anwendung eines Rechtssatzes (hier § 139) den durch den Vertrag nicht zu erreichenden und vom Gesetz mißbilligten Erfolg herbeizuführen versucht, so verstößt die Berufung auf diesen Rechtssatz gegen die guten Sitten[30]).

Daß die hier vertretene Ansicht, nach der ein Vertrag bei berechtigtem Interesse des Gegners oder der Gemeinschaft aufrechterhalten bleiben muß, ns. Rechtsdenken entspricht, geht aus verschiedenen neueren Gesetzgebungen hervor. Mit der oben vertretenen Ansicht betreffs Einrede, bezw. Gestaltungsrecht des Richters würde man in diesen Fällen zu den gleichen Ergebnissen kommen, wie die gesetzliche Regelung sie vorsieht[31]). Die Richtigkeit der obigen Ansicht geht aber auch aus dem „in vielen neueren Bestimmungen ausgesprochenen Grundsatz" her-

---

28) Besprechung des Urteils des RG. vom 4. 11. 1925 in JW. 1926, 570.

29) Statt der Nichtigkeit des Vertrages.

30) Beispiel: Kinderklausel. Hier ist, wenn der Mieter sich auf die Unsittlichkeit der Klausel beruft, wozu er nach ns. Rechtsauffassung ein gutes Recht hat, die Berufung des Vermieters auf § 139 unsittlich, da sie den mißbilligten Erfolg (daß der Mieter ausziehen muß) herbeiführen würde. Der Vertrag gilt also ohne diese Klausel, da der Mieter sich gegen die Anwendung des § 139 wehren kann.

31) Nach der jetzigen Regelung der Lohnschiebeverträge durch den 1500-Mark-Vertrag (§ 850 c ZPO.) ist, wie wir oben — § 4 — bereits sahen, nicht etwa der ganze Vertrag nichtig und der Gläubiger des Gehaltsempfängers nur auf einen Bereicherungsanspruch angewiesen, sondern es entfällt nur die Abrede, daß das Gehalt zum Teile an die Ehefrau zu zahlen sei. Der Vertrag als solcher bleibt aufrechterhalten, und der Schuldner kann sich nicht, wie er es nach der bisherigen Praxis der Gerichte könnte, auf die Vollnichtigkeit des Vertrages gemäß § 139 berufen. Er kann das deswegen nicht, weil diese Berufung auf § 139 sich selber als Verstoß gegen die guten Sitten darstellen würde, da sie den mißbilligten Erfolg, die Verhinderung der Befriedigung der Gläubiger aus dem Arbeitslohn, herbeiführen würde. Gegen die Berufung auf § 139 hätte der Gegner die Einrede des Sittenverstoßes. Da diese Verträge auch das Gemeinschaftsleben in starkem Maße berühren, so hat der Richter das Recht, zu unterstellen, daß das Entgelt dem Lohnarbeiter zugesagt gilt.

vor, „daß das Geschäft bei Überschreitung der Höchstpreise nicht etwa nichtig ist, sondern zu dem gesetzlichen Höchstpreise aufrechterhalten bleibt“[32]).

D. Schlußbetrachtung.

Ergebnisse.

Wie wir oben mehrfach gesehen haben, fordert die nationalsozialistische Rechtsauffassung bei der Beantwortung der Frage, ob ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt, eine Gesamtbetrachtung aller obwaltenden Umstände[1]). Dabei wird die Gesinnung weit mehr berücksichtigt werden, als das bisher der Fall war[2]). In aller Regel wird daher ein Rechtsgeschäft nur dann wegen Sittenverstoßes nichtig sein, wenn objektiv und subjektiv ein solcher Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, bei dem sich also die Sittenwidrigkeit aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck ergebenden Gesamtgestaltung — also aus objektiven und subjektiven Merkmalen — ergibt[2]).

Wir haben aber auch — gegenüber diesem bisher stets anerkannten Grundsatz — gesehen, daß es einen Kreis von Rechtsgeschäften gibt, die in sich derart verwerflich sind, daß „eine den Täter entschuldigende Berücksichtigung des inneren Tatbestandes untragbar erscheint“[3]). Dieser Kreis ist heute — wo oberster Leitsatz alles Rechthandelns die billige Rücksicht auf das Gemeinwohl und auf das Wohl des Vertragsgenossen ist, und wo „Staat und Recht ihren Zweck und damit ihren Inhalt wie ihre Grenzen im Wohle des Volkes finden“[4]) — wesentlich vergrößert. Hierzu gehört in erster Linie alles Handeln gegen

---

32) Larenz in D.R. 35, 488. Vgl. auch RG. 88, 250; 89, 196; 98, 293. – Dieser Grundsatz ist aber nicht, wie Larenz meint, erst für eine künftige Neugestaltung des § 139 von Bedeutung, sondern der darin enthaltene Grundsatz muß schon heute durchgeführt werden und kann es auch mit Hilfe der Einrede und (bei überwiegendem Interesse der Allgemeinheit) des Gestaltungsrechtes des Richters.

1) Siebert, in D.Rechtswiss. 1936, S. 204.

2) Ständ. Rspr. d. RG.

3) Siebert, Verw. und Unzulässigkeit der Rechtsausübung 1934; Oertmann § 138 S. 491.

4) Lange, Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat S. 21.

die Gemeinschaften, in die der einzelne Volksgenosse hineingestellt ist und die die Grundlagen des Volkslebens bilden: Familie, Stand und Volksgemeinschaft. Ferner gehören dazu alle die Rechtsgeschäfte, die aus Eigennutz die gesetzliche Regelung ohne von der Gemeinschaft gebilligten Grund zu Ungunsten des Vertragsgenossen unter Ausnutzung einer Übermacht abändern: Lohnschiebe-, Freizeichnungs- und Unterhaltsverträge. Weiterhin gehören dazu alle sittenwidrigen Rechtsgeschäfte im moralischen Sinne. Die Ganzheit der Betrachtungsweise fordert die Vernichtung des Verfügungsgeschäftes, das der Ausführung einer unsittlichen Verpflichtung dienen soll.

An eine Rechtseinrichtung mit überwiegend wirtschaftlichen Aufgaben, Sicherungsübereignung, sind andere Maßstäbe anzulegen, ihre Änderung läßt sich nur von der Änderung der Gesamtwirtschaftsauffassung aus betrachten.

Maßgeblich, auch für bereits früher abgeschlossene, aber noch nicht abgewickelte Rechtsgeschäfte, kann nur die heute geltende ns. Rechtsauffassung sein. Dabei sind aber die zur Zeit des Vertragsabschlusses obwaltenden Umstände mit zu berücksichtigen.

Ganz allgemein wird man aber bei der Vernichtung von Rechtsgeschäften, insbesondere solcher wegen objektiven Sittenverstoßes, sehr zurückhaltend sein müssen, da die Nichtigkeitserklärung eine Wertung ist und je enger die Volksgemeinschaft ist, desto weniger leicht ein Volksgenosse zu einem unsittlichen Gliede gestempelt werden darf[5]).

Da das Rechtsgeschäft nicht stets in allen Teilen unsittlich ist und die Volksgemeinschaft oder der Vertragsgenosse ein berechtigtes Interesse an der Erhaltung des sittengemäßen Teiles haben kann, ist eine erweiterte Auslegung des § 139 dahingehend zu fordern, daß die Berufung auf die Vollnichtigkeit nach § 139 dann ausgeschlossen ist, wenn mit ihrer Hilfe in Wirklichkeit nichts anderes erreicht werden soll als das, was auf Grund des Vertrages gemäß § 138 BGB. versagt bleibt.

Das nationalsozialistische Recht fordert also in vielen Fällen eine wesentlich andere Betrachtungsweise der Rechtsgeschäfte und stellt an das Rechtsgeschäft wie auch insbesondere an den einzelnen Volksgenossen weit höhere Anforderungen: über dem Interesse des Einzelnen an der Erhaltung oder Vernichtung des Rechtsgeschäftes steht das Gemeinwohl des deutschen Volkes!

---

5) Lange, Schuldrecht. S. 53.

Inhalts-Übersicht.

Seite

A. Einleitung: Aufgabe der Arbeit 1

B. Einzelfälle.

I. Vorbetrachtung.

§ 1: Der maßgebliche Zeitpunkt 3

II. Typische Fälle der Sittenwidrigkeit 7

§ 2: Verletzung der vaterländischen Pflicht, Verstoß gegen das Allgemeinwohl 8

§ 3: Verletzung der Standespflicht 14

§ 4: Lohnschiebeverträge 17

§ 5: Freizeichnung von gesetzlicher Haftung . . . 19

§ 6: Unsittliche Rechtsgeschäfte auf dem Gebiete des Familienrechts 22

§ 7: Auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung 26

III. § 8: Das Verfügungsgeschäft bei Unsittlichkeit des Verpflichtungsgeschäfts 30

IV. § 9: Die Sicherungsübereignung 37

C. Bedeutung, innere Tatseite und Folgen des § 138 BGB. . . 48

§ 10: Der erzieherische Wert des § 138 48

§ 11: Innerer Tatbestand des § 138 und seine Folgen . 49

Anhang:

§ 12: Die notwendige Ergänzung des § 138 durch erweiterte Auslegung des § 139 BGB. 51

D. Schlußbetrachtung: Ergebnisse 56